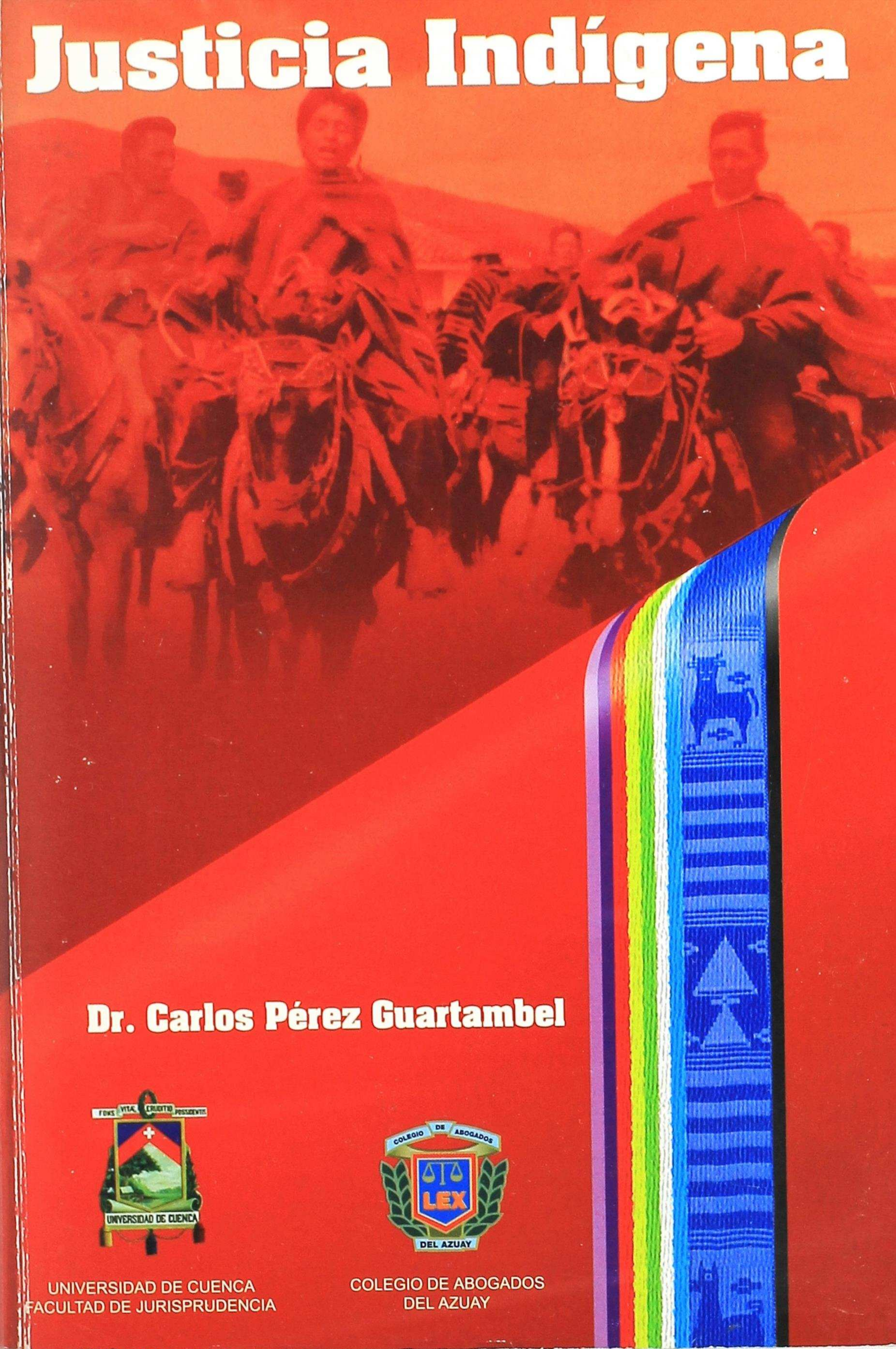
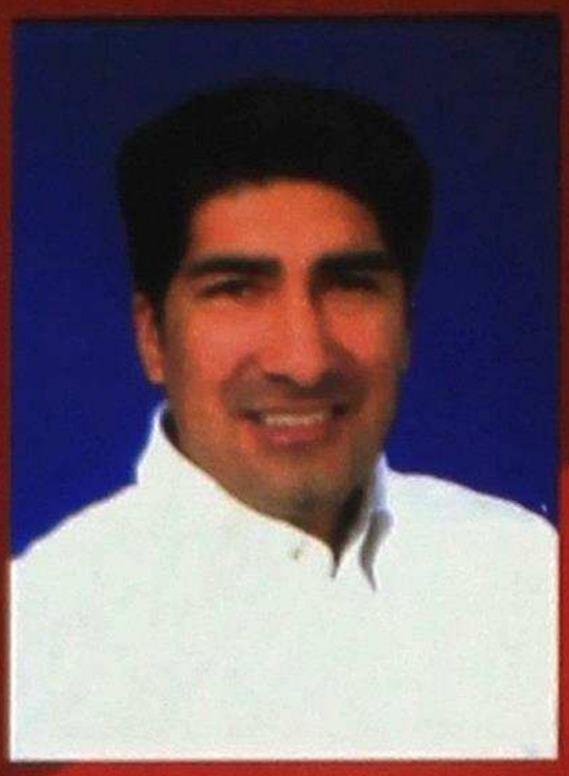
Justicia Indígena



Dr. Carlos Pérez Guartambel

UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL AZUAY



Carlos Pérez Guartambel

- Doctor en Jurisprudencia
- Fué presidente de la Federación de Organizaciones Campesinas e Indígenas del Azuay FOA.

- Integrante del Directorio del CREA, ETAPA.

- Concejal de Cuenca.

- Director del Centro de Mediación Abya Yala.

- Coordinador de la Unión de Sistemas Comunitarios de Agua del Azuay -UNAGUA-

- Se capacitó en Cuba, Colombia, Brasil y México.

- Publicaciones realizadas:
  "Francés Urco: La Misión Geodésica Francesa", coautor.

  "Introducción al Derecho Parlamentario", 3 ediciones.

Dirección: Honorato Vázquez 5-98 y Hermano Miguel
Telfs.: (593-7) 2 844-174
(593-7) 2 831-303
E-mail: foa@hotmail.com

Cuenca - Ecuador

JUSTICIA INDÍGENA

Carlos Pérez Guartambel

JUSTICIA INDÍGENA
Universidad de Cuenca
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas
y Sociales
Colegio de Abogados del Azuay
Cuenca, Ecuador
2006

Diseño y diagramación:
Luis Alfredo Muñoz I., Departamento de Cultura
Universidad de Cuenca
Tiraje: 1000 ejemplares

Derecho de Autor: 024706
Depósito Lega: 003405
ISBN-10: ISBN-9978-14-119-7
ISBN-13: ISBN-978-9978-14-119-9

Portada:
Gráficas Hernández

Impresión:
Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca

Carlos Pérez Guartambel
Telf.: (593-7) 2 831303, (593-7)2 844174
E-mail: foaorgea@hotmail.com

Explícitamente reconozco a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en la persona de su decano el Dr. Jorge Morales A., así como al Dr. Jaime Astudillo R. e Ing. Fabián Carrasco C. rector y vicerrector de la Universidad de Cuenca, así como al Dr. Pablo Vintimilla G., presidente del Colegio de Abogados del Azuay por la publicación de esta labor.

A mis hermanos indios, rebeldes por naturaleza que luchan contra las gigantescas injusticias histórico-sociales y su redención final; y, en particular a mis progenitores Juan José y Rosa Inés por sus sencillas y sabias enseñanzas, así como a mi cónyuge Verónica Cevallos y mis hijas Ñusta Krúpskaia y Asyri Verónica.

CONTENIDO
JUSTICIA INDÍGENA

CAPITULO PRIMERO

La Justicia oficial 23
Derecho positivo 23
La Trampa del idioma 25
El Difunto alimenta a su asesino 25
Derecho natural 26
Sistemas jurídicos 27
Sistema romanístico 28
Sistema anglosajón 28
Evolución del derecho punitivo 29
Derecho chino 30
Derecho persa 30
Derecho asirio 30
Derecho en la india 31
Derecho egipcio 31
Derecho judío 31
Derecho griego 32
Derecho romano 33

CAPITULO SEGUNDO

Concepciones del derecho 35
La concepción "monista" del derecho 35
La norma estatal impone a la costumbre 36
Confusión del estado – nación 37

La fuerza base del estado 37
Estado panárquico 40
La sanción guaraní a la enfermedad social 41
Etnia y nación 42
Clandestinización del derecho indígena 42

CAPITULO TERCERO

Los pueblos indígenas durante la conquista y colonización 45
La justificación de la conquista 45
Las leyes de burgos 45
Consejo de indias 46
Los virreyes indianos 47
Corregimientos y alcaldías mayores 48
La encomienda durante la conquista española 50
Característica de la encomienda 51
El tributo en la colonia 53
La matrícula de los indios 58
Iglesia: cómplice o coautora 59
Deidades híbridas 60
El Resguardo colonial 62
Los Indios con nuevos patronos 63
Reformas a leyes sobre indígenas 65
Bolívar cede presiones de gamonales 66
Tutores de indios 67
El indígena durante la independencia del Ecuador 69
El "estadista" Rocafuerte jamás entendió al indio 71
Los prisioneros sin comida en la cárcel 72
Presidente Urbina cedió presiones de terratenientes 76
Ley de tierras baldías 76
Pena capital para Fernando Daquilema 77
Los diezmos 78
Eloy Alfaro y las reivindicaciones indígenas 79
El concertaje 80
La prisión por deudas 81
La trasmisión de deudas 81

Las comunas y la legislación estatal 83
Sometimiento legal a las comunidades 85
Comunidades bajo control estatal 87
Registro de comuneros y sus bienes 87
Nombramiento del cabildo 87
Ministerio de agricultura juez de conflictos 88
Visión mercantilista del Estado 89

CAPITULO CUARTO

Resistencia indígena y derecho 91
Derecho indígena no consta en códigos escritos 93
Etimología 93
Indígena, entre el hombre y el animal 94
Denominaciones que se han dado a los indígenas 97
1. Indios 97
Criterios de definición del indio 98
Criterio racial 98
El criterio legalista 101
Criterio cultural 101
2. Minorías 103
3. Naturales 104
4. Aborígenes 105
5. Horda 105
6. Tribales 106
7. Primitivo 107
8. Salvaje 108
9. Originario 108
10. Nativo 109
11. Barbarie 109
12. Otras definiciones oficiales 109
13. Indígena 110
Evolución histórica del concepto indígena 110
Indigenismo e indianismo 113
Criterio indígena 114
Criterio estatal - oficial 114

Elementos que configuran el término indígena 115
1. El sentido histórico, ... 115
2. La libre determinación 115
3. La composición del colectivo social 116
4. La resistencia al sometimiento 116
Concepto de indígenas en las legislaciones de América 117
Derecho indígena en las constituciones 118
Constitución Brasileña 119
Constitución de Colombia 120
La Constitución de Guatemala 120
La Constitución de México 120
Constitución Paraguaya 124
Constitución del Perú 125
La Constitución del Ecuador 125
Otras disposiciones constitucionales en el Ecuador 126
Derecho indígena en legislaciones de los estados latinoamericanos 131
Ley Indígena de Costa Rica 131
Estatuto de las comunidades indígenas del Paraguay 132
Ley sobre política indígena y apoyo a los aborígenes de Argentina 132
Ley indígena chilena 134
Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas de Guatemala 137

CAPITULO QUINTO

Pueblo indígena 139
Características de pueblo indígena 139
1. Comunidad de hombres formada históricamente. 139
2. Comunidad con cultura 141
Responsabilidad del Estado 143
Responsabilidad de las misiones religiosas 145
Responsabilidad de la antropología 146
Responsabilidad de la ONGs 148
La cultura indígena en legislaciones 151

3. Comunidad económica, La minga y su filosofía 156
4. Comunidad de idiomas 158
5. - Comunidad de territorio 161
Carta de la Tierra 163
Diferencia entre tierras y territorios 165
El Territorio en la legislación ecuatoriana 168
6. Comunidad autónoma 170
Libre determinación en la declaración de Viena 173
Elementos de la libre determinación 174
a. Derecho a poseer, controlar, administrar y desarrollar
un territorio actual o ancestral 174
Las migraciones 174
b. Reconocido y sin injerencias 175
c. Implementar su visión y opción de desarrollo 175

CAPITULO SEXTO

Definición de derecho indígena 177
Características del derecho indígena 180
1. Preceptos y normas milenarias de pueblos originarios 180
2. Concepción cosmogónica - filosófica 182
3. Trasmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos 187
4. Reconocidos y aceptados por adhesión 188
Principios en la definición del derecho indígena. 188
1.La fuente del derecho indígena 189
2. Su naturaleza 190
3. El Status 190
4. Sus límites 190
Elementos del derecho indígena 190
1. Autoridad 190
2. Legislación 191
3. Sanciones 191
4. Procedimiento 192
Competencia del derecho indígena 192
Competencia material 192
Competencia Territorial 192

Competencia personal 192
Competencia temporal 193
El derecho indígena y su reconocimiento 193
Derecho Indígena concilia posiciones 195
Ventajas del término 195
1. Reconocimiento del derecho indígena 195
2. Orden Jurídico cambiante 196
3. Derecho no inferior 196
4. Cuestiona la subordinación política 197
Criterios para considerar al Derecho 197
Normas efectivas y legítimas 199
Validez de la norma 199
La Identidad indígena 202
La ficción legal 204
Los pueblos indígenas ante el estado y el derecho 209

CAPITULO SEPTIMO

Denominaciones de sistemas jurídicos indígenas 211
La Costumbre 211
Concepto 211
La costumbre frente a la ley 213
1. A falta de ley 213
2. Costumbre conforme a ley 213
3. Costumbre contra ley 213
Elementos de la costumbre 215
Elemento objetivo 215
Elemento subjetivo 216
Clasificación de la costumbre 217
Por su relación con la ley 217
Por la actividad de las personas 217
La costumbre en la legislación ecuatoriana 217
Requisitos legales para la validez de la costumbre 218
La Costumbre en derecho público 219
Algunas disposiciones del código civil ecuatoriano 220
Usos y costumbres 221

Usos y convenciones 221
Derecho consuetudinario 222
Validez del derecho indígena 224
Derecho indígena regula la vida social 225
Capacidad de adaptación y cambio 228
El Derecho indígena es atraso 230
Hecho la ley hecho la trampa 230
La ley, voluntad soberana, simple ficción 231
Igualdad ante la ley una ficción más 233
Estado de derecho 235
La seguridad jurídica 237

CAPITULO OCTAVO
Pluralismo jurídico 243
Origen del pluralismo jurídico 244
Conquista de los pueblos indígenas 245
Dependencia colonial 246
Períodos de revolución 246
Estados multinacionales 247
Países con población inmigrante 248
Comercio transnacional 249
Colectivos humanos afines 251
El Derecho indígena dentro del pluralismo jurídico 252
Teoría constitucionalista frente al pluralismo jurídico 253

CAPITULO NOVENO
Derechos colectivos 257
Antecedentes de los derechos colectivos 257
Diferencia con los derechos de primera y segunda generación 261
Como determinar el interés difuso 262
Derecho al medio ambiente 266
La guerra por el agua es irreversible 267
Tratado de Kyoto 269
Derecho a la propiedad intelectual e identidad 269
Impactos de la manipulación genética 270

Impactos en la biodiversidad 270
Impactos en la política social 271
Proyecto vampiro HGD 272
Creación y evolución 273
Medicina y ciencia militar 274
Cosmovisiones contrapuestas 274
Injerencia humanitaria 278
Derecho a la paz 278
Derecho a la planificación familiar 279
Jurisprudencia sobre derechos colectivos 279
Libertad de información tolerante 281
Derecho a la participación y el sufragio 281
Interés privado no es colectivo 281
Salarios iguales para todos 282
Usuarios del sistema financiero 282
Inclusión de docentes en registro electoral 282
Señales programadas de emisiones contra presidente 283
Derecho de oposición no lesiona intereses colectivos 283
Incorporación de rubros extrañas al contrato 283
Omisiones de actos 284
Ley reformatoria al IVA afecta a necesidades indispensables 284
Trasmisión de mensajes incoherentes 284
Derecho a tener bines y servicios de calidad 285
Calidad de servicios 285
Radiación electromagnética vulnera salud humana 285
Seguridad humana 286
Jurisprudencia en Costa Rica 286
Derecho a la vida, salud y medio ambiente equilibrado 286
Vigencia del derecho a la libertad de culto 287
La negativa en entregar el informe del FMI vulnera
el derecho a la información 288

CAPITULO DECIMO

Convenio 169 291
Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 291

Sujetos del convenio: indígenas y tribales 293
Proscripción de discriminaciones 295
Ejercicio de los derechos humanos 295
Medidas que garanticen las instituciones indígenas 296
Derecho a consulta 298
La libre determinación 298
Leyes nacionales observan el derecho consuetudinario 299
Compatibilizar leyes nacionales con derecho consuetudinario 300
Propuesta de compatibilidad entre los sistemas jurídicos 301
Régimen penal especial para indígenas 302
Se proscribe ejecutar labores obligatorias y gratuitas. 303
Medios para defensa de derechos de los indígenas 303
Tierras y territorios 303
Derecho de Propiedad y posesión 304
Protección de territorios indígenas 305
Contratación y Condiciones de empleo 309
Formación profesional, artesanía e industrias rurales 311
Seguridad social y salud 312
Educación y medios de comunicación 313
Contactos y cooperación a través de las fronteras 315
Administración 316
Disposiciones generales 317
Disposiciones finales 317
Proyecto de declaración americana de los pueblos indígenas 319
Autonomía 321
Derecho al autogobierno 321
Reconocimiento de derecho indígena 322
Derecho indígena 322
Territorios y propiedad 322
El Proyecto de declaración universal de los pueblos indígenas 323

CAPITULO UNDECIMO

La justicia en las comunidades indígenas 327
Justicia Penal 328
El látigo en los pueblos del mundo 333
Homicidios e intentos de homicidios 334
Agresiones físicas y peleas 337
Accidentes de tránsito 338
Brujerías –hechicería 338
Iguanada 343
Rabo de raposo 344
El Chisme 345
Pandillas juveniles 347
Estafas 349
Abusos sexuales 351
Justicia Política 353
Impugnación de autoridades comunales 353
Resoluciones administrativas 355
Mingueros del Proyecto Nero construyen utopía 357
Estatuto jurídico 363
Reglamento interno 367
Irrespeto a autoridades 371
Conflictos religiosos 373
Justicia Social 377
Separaciones conyugales 377
Correctivos 379
Adulterios 379
Gagones, relaciones incestuosas 381
Embarazos 382
El Chuzalongo 383
Abortos 384
La descriminalización del aborto 386
Celos 387
Maltratos conyugales 388
Desobediencia de menores 389
Ociosidad 390

Justicia Civil 391
Linderos territoriales de comunas 391
Linderos de predios individuales 393
Herencias 395
Destrucción de bosques 396
Deudas 401
Reproducción de animales 403
Obstáculos a servidumbre 404
Conflictos por el agua 406
El agua determina la vida humana 409
Conflictos Intercomunitarios 411
Legitimidad de autoridades indígenas 415
Acciones preventivas 417

CAPITULO DUODECIMO

Medios alternativos de administración de justicia 419
La mediación una opción de justicia 422
Mediación profesional 423
Arbitraje 423
Conciliación 424
Transacción 425
Importancia de la mediación 426
Partes en conflicto 426
Personas que acceden a la mediación 427
Maneras de acceder a mediación 428
Clases de mediación 428
Efectos de la mediación 429
Procedimiento de la mediación 429
Mediación comunitaria 431
Jueces de paz 432
Reflexión final 437

PRESENTACION

"Ves cosas y dices, '¿por qué'?
Pero yo sueño cosas que nunca fueron y digo,
'¿Por qué no?" (George Bernard Shaw).

La Universidad de Cuenca y su Facultad de Jurisprudencia brindó el apoyo y el aval a la obra "Justicia Indígena", cuyo autor es el doctor Carlos Pérez Guartambel.

Este brillante ex alumno de nuestra Escuela de Derecho ha compartido su vida con la gente del campo, ha compartido los abandonos y carencias que históricamente ha venido sufriendo el indígena. Como decía Bernard Shaw: "Vio cosas" y durante toda su vida estudiantil, Carlos Pérez se preguntaba siempre ¿por qué?

El autor del libro "Justicia Indígena" es, ahora, un profesional del Derecho que dedica su quehacer a la protección y a la defensa de los campesinos. A su consultorio, a su casa llega el indígena como si fuera su segundo hogar en donde no se le pregunta ¿qué has hecho?, sino ¿qué te sucede? cuando el mismo llega mal trecho.

Lo mismo que en el consultorio, igual acontece en el libro "Justicia Indígena" que tengo el honor de prologar. En este libro, el autor refleja sus sueños, trata las confidencias de la gente menos favorecida como un caso de angustia humana y luego la transforma en una exposición traslúcida como su pensamiento lo permite.

Repito, Carlos Pérez fue ayer el brillante alumno que se preguntaba ¿por qué? Hoy es el profesional defensor de las clases desposeídas que se pregunta ¿por qué no?

Jorge Morales A.
Decano
Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca

JUSTICIA INDÍGENA

"Nosotros, los pueblos indígenas, caminamos hacia el futuro en las huellas de nuestros antepasados"

Porque aún Lloramos

"Después de varios meses de recios combates, uno tras otro morían los guerreros. Vimos nuestras aldeas arrasadas, nuestras tierras entregas a nuevos dueños, nuestras gentes jóvenes púberes separada de sus madres, enviados a trabajos forzados, o a los barcos desde donde nunca regresaban. A los guerreros capturados se les sometía a los más crueles suplicios; los despedazaban los perros o morían descuartizados por los caballos.

Desertaban hombres de nuestros campamentos. Sigilosos desaparecían en la oscuridad resignados para siempre a la suerte de los esclavos.

Los españoles quemaron nuestros templos: hicieron hogueras gigantescas donde ardieron los códigos sagrados de nuestra historia; una red de agujeros era nuestra herencia.

Tuvimos que retirarnos a las tierras profundas, altas y selváticas del norte, a las cuevas en las faldas de los volcanes, allí recorríamos las comarcas buscando hombres que quisieron luchar, preparábamos lanzas, fabricábamos arcos y flechas, recuperábamos fuerzas para lanzarnos de nuevo al combate.

Yo recibí noticias de las mujeres de Teguzgalpa. Habían decidido no acostarse más con sus hombres. No querían parirles esclavos a los españoles.

Aquella noche era de luna llena, noche de concebir. Lo sentí en el ardor de mi vientre, en la suavidad de mi piel, en el deseo profundo de Yarince.

Regresó de la caza con una iguana grande, color de hojas secas. El fuego estaba encendido y la cueva iluminada de rojos resplandores. Se acercó después de comer.

Acarició el costado de mi cadera. Vi sus ojos encendidos en los que reflejaban las llamas de la

hoguera. Quité la mano de mi costado y me resbalé más lejos, hacia el fondo de la cueva. Yarince vino hacia mí creyendo que se trataba de un juego para excitar más su deseo. Me besó sabiendo cómo sus besos eran pulque jugoso en mis labios me emborrachaban.

Lo besé. En mi surgía imágenes: agua de los estanques tiernas escenas, sueños de más de una noche, un niño guerrero, rebelde, inclaudicable, que nos prolongara, que se pareciera a los dos, que fuera un injerto de los dos cargando las mas dulces miradas de ambos.

Me aparté antes de que sus labios me vencieran.

Dije; "no, Yarince, no". Y luego dije "no" de nuevo dije lo de las mujeres de Teguzgalpa, de mi tribu: no queríamos hijos para las encomiendas, hijos para las construcciones, para los barcos, hijos para morir despedazados por los perros si eran valientes y guerreros.

Me miró con ojos enloquecidos. Retrocedió. Me miró y fue saliendo de la cueva, mirándome cual si hubiera visto una aparición terrible. Luego las ramas de la hoguera, muriéndose encendidas. Más tarde escuché los aullidos de lobo de mi hombre. Y más tarde aún, regresó arañado de espinas.

Esa noche lloramos abrazados, conteniendo el desde de nuestros cuerpos, envueltos en un pesado rebozo de tristeza. Nos negamos la vida, la prolongación, la germinación de las semillas.

¡Cómo me duele la tierra de las raíces sólo de recordarlo!

No sé si llueve o lloro"

Fragmento de la Novela "La mujer habitada" de Gioconda Belli

CAPITULO PRIMERO

La Justicia oficial

La idea de justicia se resume en: *"el deber de dar a cada uno lo suyo"*, formulado por **Justiniano** a inicios del siglo VI de nuestra era, entendiéndose a la justicia como un bien jurídico innato al ser humano y que reconoce al individuo como propio o que le pertenece. Ahora para hablar de lo que le pertenece o que suyo es, necesariamente deben haber bienes y no precisamente objetos, cosas, sino además de los objetos materiales o tangibles, también encontramos bienes jurídicos protegidos por el derecho como son los bienes inmateriales y que escapan a la esfera patrimonial. Estos bienes extra patrimoniales son de una naturaleza especialísima, puesto que se adquieren o pierden con independencia de la voluntad de las personas, encontrándose por tanto al margen de los actos del comercio jurídico. Los bienes patrimoniales constituyen los que la persona tiene o posee; mientras que los bienes extrapatrimoniales o denominados *"personales"* forman en su conjunto lo consustancial a la persona, lo que no se puede ni siquiera renunciar, peor vender, gravar; verbigracia: la vida, la salud, la integridad física, el honor, la libertad, la opinión, la expresión, entre otros derechos innatos al ser humano.

Para determinar con mayor precisión que es *"lo suyo"* hay dos corrientes del pensamiento jurídico que históricamente se han mantenido en pugna sin alcanzar un dominio total, actualmente ambas corrientes se esfuerzan por prevalecer. Estas son las que propugnan el derecho positivo y el derecho natural.

Derecho positivo

Para el pensamiento jurídico positivo, *"lo suyo"* es único y exclusivamente lo que la ley

reconoce como propio; es decir, la norma positiva preestablecida por el legislador y recogida en un texto llamado ley o código, con independencia de si es justa o no, en igual sentido de si adquirió el bien con acciones justas y legítimas o no, simplemente con sujeción a lo que la ley dispone como *"suyo"*. El positivismo no niega que el derecho proteja ciertos valores, pero rechaza categóricamente que pueda existir un derecho natural, puesto que el derecho es solo positivo. Los positivistas argumentan que la norma positiva debe ajustar su contenido a determinados principios éticos o perseguir fines que estiman justos, (?) no obstante, exprofesamente ignoran que la ley no siempre es justa ni recoge principios éticos que colisionan con intereses pragmáticos de una elite que jamás va a ceder y peor renunciar sus prebendas y canonjías. Según esta corriente, el derecho por ser injusto no deja de ser derecho o por más que la ley tenga objeciones de carácter ético, se mantiene el imperio de la ley, norma que debe ser respetada y cumplida por todos, nadie puede reclamar como suyo algo que la ley no le ha adjudicado formalmente. En conclusión lo que no está en la ley no existe, no es valido y por consiguiente es nulo. La tesis positivista adolece de varias falencias que indudablemente han llegado a cometer más de un acto ilegítimo, injusto que perjudica en términos reales y objetivos, intereses, derechos individuales y colectivos con el pretexto de respetar la sacrosanta ley imperial.

Por más que se diga que la ley es la voluntad del pueblo, sintetizada o expresada en los legisladores elegidos por el estado llano, no justifica ni logra desvirtuar que se trata de una monumental falacia. Todos sabemos que una ley al ser fabricada por seres humanos es falible por antonomasia, en consecuencia jamás una norma legal puede ser perfecta y aplicable a todos los casos indistintamente, de ahí que entra necesariamente en pugna la legalidad con la legitimidad, así como entre la ley y la justicia, encontrándonos en una situación en la que los positivistas defienden la supremacía legal por ser norma escrita, denegando principios elementales de legitimidad, validez, constitucionalidad y ante todo elementales principios deontológico de justicia. Para evidenciar lo que afirmamos he aquí algunos casos que pueden erizar la piel o al menos queda para la reflexión.

La Trampa del idioma

John Ross nos cuenta una de las tantas historias, que en realidad no será fácil aceptar, sin embargo están al orden del día. Se trata de **Luis Zacarías**, indígena otomí, fue atropellado por un vehículo cerca de las antiguas ruinas de Teotihuación, donde se encontraba rutinariamente cortando tunas, la policía local asumió que estaba borracho y lo llevó a la cárcel para que durmiera.

Auque le preguntaron varias veces dónde vivía, Zacarías no podía responder, y la Policía lo envió a un hospital psiquiátrico donde languideció nueve años hasta que un diligente trabajador social descubrió que no era esquizofrénico catatónico, tal como se "diagnosticó" inicialmente, sino un otomí que no hablaba caste-llano.

Cuando Zacarías regresó a su empobrecida localidad en las montañas de Veracruz -Guatemala, su familia, que le había dado por muerto, pensó que su fantasma los había venido a visitar. De hecho, atontado por casi una década consumiendo medicación inapropiada que alteraba su mente, Zacarías era un fantasma en sí mismo (¿?).

El director de asuntos penales del gubernamental Institución Nacional Indigenista (INI), no sabe cuántos de los aproximadamente 10.000 indígenas que permanecen en las cárceles y establecimientos psiquiátricos están atrapados como Zacarías por acciones que no son considerados como delitos por sus comunidades, sin embargo se encuentran recluidos en aquellas cárceles convertidas en depósitos humanos, submundos, antesalas de la muerte.

El Difunto alimenta a su asesino

Eduardo Galeano nos cuenta que en 1986 un diputado mexicano visitó la cárcel de Cerro Hueco en Chiapas en la que encontró a un indio tzotzil, que había degollado a su padre y condenado a treinta años de prisión. El diputado descubrió que el "difunto" padre llevaba tortillas y frijoles cada medio día a su hijo encarcelado.

Aquel preso tzotzil había sido interrogado en lengua castellana que no entendía y con la ayuda de una buena paliza confesó ser autor de un delito llamado parricidio.

Los casos surgen porque en la mayoría de países del mundo y particularmente en los latinoamericanos, quienes fungen de legisladores, como en el caso ecuatoriano, el órgano legislativo es unicameral donde se confunde la función fiscalizadora con el papel legislativo, mal podemos esperar leyes sintonizadas con la

realidad social. En efecto en la actualidad quienes son elegidos por el pueblo en un estado de ***hipocracia***, con honrosas excepciones, son analfabetos políticos y ni hablar de cultores del conocimiento forense, entonces es una ilusión encontrar verdaderos legisladores en los parlamentos que cultiven el derecho, en consecuencia las falencias en los cuerpos legales se convierten en regla general, aceptada como normal.

Finalmente y presumiendo en derecho que hay legisladores capacitados en el órgano legislativo, no son imparciales y peor pulcros, en realidad responden a intereses de partidos políticos que han desvirtuado la función de ser -pilares de la democracia- sino transitamos en una campante hipocracia, hipocracia que se expresa en doble sentido: hipo por estar muy por debajo de lo que es la democracia viva, participativa, activa, es decir gobierno del pueblo, más su monumental incapacidad, mediocridad e ignorancia enciclopédica de la mayoría de diputados conduce inexorablemente a expedir una enorme basura legal que enreda y confunde al pueblo. Y en el otro sentido de hipocracia por su innata hipocresía en tiempos electorales, donde muchos se rasgan las vestiduras al estilo de fariseos y filisteos "defendiendo" al estado llano, y luego desde el congreso empuñan furiosamente el arma enfilando contra los derechos de la mayoría indefensa que ve con asombro esfumar su esperanza depositada en las urnas.

Sumado a esta desastrosa realidad, hay diputados lacayos de los grupos económicos sedientos de codicia y poder, defienden a capa y espada el statu quo, a regañadientes sostienen el aparato estatal clasista, pensar que la ley es justa no deja de ser un sofisma de mal gusto, razón tuvo Carlos Marx, cuando con meridiana claridad afirmó que la ley no es más que la voluntad de la clase dominante (burguesía) fiel reflejo de las condiciones de vida, erigida en el ley. Condiciones de vida que en una sociedad clasista se expresa en la dominación de unos pocos fuertes frente a la abyección de una clase enorme y oprimida.

Derecho natural

Los juristas de la corriente jurídica que defienden el derecho natural, sostienen que *"lo suyo"* se encuentra establecido por un conjunto de normas o principios jurídicos que la naturaleza dicta o inspira a los hombres. No tiene origen en la voluntad normativa de la autoridad o poder público. El derecho natural es un conjunto de

preceptos que están por encima del derecho positivo y que éste debe encontrar coherencia y jamás contradecir.

El derecho positivo está establecido y sancionado para cada tiempo y cada pueblo, por voluntad del legislador o la autoridad, que teóricamente representa la voluntad social; se trata, por tanto de un derecho variable; mientras que el derecho natural es un orden jurídico objetivo no procedente del legislador, más bien está por encima de la autoridad por su propia naturaleza, es inmutable y conocido por la razón.

La idea del derecho natural se origina en la Grecia antigua. Fue **Sócrates** quien reivindicó la idea de justicia y puso las bases que desarrollaron más tarde sus discípulos **Platón y Aristóteles** respecto a que la razón puede descubrir las normas que afectaban al orden natural de la vida humana.

En el medioevo, **Tomás de Aquino** convirtió esta idea jurídica en uno de los postulados básicos de la concepción católica e hizo que se someta por completo a la idea de Dios creador del universo, permitiendo que una parte del orden que existe en él sea conocido por la razón, y esto constituye el derecho natural, aunque otra parte pueda ser conocida únicamente por la revelación.

Podríamos afirmar que **Tomas de Aquino** lejos de aportar hacia una secularización del derecho frente a la iglesia terminó sucumbiendo ante la teocracia con lo que llevó a la involución de la tesis natural del derecho, pues toda razón se redujo a Dios por consiguiente la voluntad humana es incapaz de razonar sin la presencia omnímoda de Dios y peor contradecir con principios de racionalidad humana.

Así desde la concepción tomista, el derecho natural es de origen divino y la voluntad humana no puede cambiarlo. La reforma con la ruptura de la unidad religiosa y la difusión del racionalismo, da un giro al derecho natural hacia sus orígenes griegos; la razón humana, con toda independencia, puede construir un sistema de normas justas que deben regir con carácter general, independientes de la voluntad divina, constituyendo **Hugo Grocio** el representante más conspicuo de esta corriente.

Sistemas jurídicos

Cada Estado nacional cuenta con su propio derecho y hay casos en que dentro de él existan territorios con un derecho especial. En los Estados federales como México o

Brasil para citar como ejemplo, cada Estado que forma la nación cuenta con un derecho, es decir hay tantos derechos cuantos Estados conforman la nación.

Los derechos más comunes son aquellos que pertenecen al mundo cultural de Occidente, todos estos países mantienen grandes diferencias; sin embargo mantienen en común una concepción general que les vincula, son derechos que se excluyen de las normas religiosas y morales, constituyendo un conjunto de normas estrictamente jurídicas.

Fuera de la esfera del derecho de los países de occidente encontramos otros que contrariamente están confundidos las normas religiosas y morales, así tenemos el derecho musulmán, que constituye el ejemplo más elocuente.

Ahora en los derechos de raíz occidental se distinguen dos sistemas jurídicos: el romanístico y el anglosajón.

Sistema romanístico

El sistema romanístico tiene como base el derecho romano, enriquecido a través de los tiempos por varias legislaciones en especial los germanos, por ello suele conocerse también como sistema románico-germánico. El sistema romanístico es propio de Europa continental, pero se han extendido a muchos países no europeos, tales como los latinoamericanos. En cierto modo, la doctrina de todos los países romanísticos es común e interpreta lo dispuesto en las leyes; ello es debido a que, en el sistema romanístico, el derecho emana exclusivamente de la ley, es decir, la norma creada por el poder legislativo. Todo lo demás son medios para interpretar la ley, es decir determinar su verdadero sentido y alcance. En el Ecuador todos los abogados y juristas ecuatorianos nos hemos formado en el sistema romanístico; ésta es la razón por la cual los otros sistemas han suscitado nuestra atención meramente como una curiosidad jurídica, motivo también por el cual tenemos una resistencia natural a las radicales innovaciones contempladas en algunas constituciones latinoamericanas como revisaremos más adelante.

Sistema anglosajón

Los derechos anglosajones tienen su punto de origen y modelo más refinado en el derecho inglés, entendiendo por tal, el de Inglaterra, porque en Escocia rige un derecho propio, considerado romanizado. El derecho inglés se forma históricamente al margen de la influencia romanística y ha seguido una evolución continuada y gradual. El derecho inglés,

incluso es constitucional, esta integrado principalmente por la costumbre.

La piedra angular del derecho inglés es el *Common Law*, o derecho común del reino, según el cual le corresponde al rey de Inglaterra juzgar todos aquellos casos que afecten a los intereses generales del reino; los que son calificados por el canciller, a donde ha de acudir el interesado para obtener el escrito (writ) que le permita acceder a ellos.

La concesión del writ no es una decisión arbitraria del canciller, sino que éste opera sobre la base de una lista predeterminada, que se va ampliando junto al Common Law, se desarrolla otro conjunto de normas también debido a la actividad del canciller, con las cuales se forma un nuevo sistema: la Equity (equidad), que se rige por un procedimiento distinto al de Common Law.

El sistema de Common Law tiene un procedimiento y el sistema de Equity otro, incluso originalmente, habían distintos tribunales para conocer y resolver las cuestiones concernientes al uno y al otro sistema. Luego se unificaron en un solo tribunal, pero los procedimientos y la técnica jurídica siguieron siendo distintos.

Es de advertir que en Inglaterra se dicta leyes por parte del Parlamento que se denomina Stuttes; pero el Statute law o derecho contenido en las leyes es en principio un derecho excepcional, que debe aplicarse restrictivamente y sirve para modificar puntos concretos del derecho tradicional inglés pero, en lo cardinal, el derecho inglés elaborado por los jueces, no emana del órgano legislativo sino de los tribunales judiciales. En principio, la decisión de un juez vincula a los demás jueces que deben estar decididos, esto es ser fieles a lo que ya ha decidido otra sentencia. En conclusión, la importancia en otros países occidentales tiene la ley, corresponde en Inglaterra a las sentencias judiciales –precedentes-
.

Evolución del derecho punitivo

Los tratadistas del derecho penal sostienen que la primera idea surgida para sancionar una conducta inapropiada está inscrita en el **tótem y tabú**. El tótem manifiesta a través del hechizo que consiste en ejecutar un acto para alcanzar el objetivo, así las comunidades pintaban al animal que requerían cazarlo. Por su parte el tabú no es más que recibir desgracias por la consecución de determinados actos prohibidos.

A esta inicial idea mágica le sucedió la Ley del Talión, expresada en la declaratoria

punitiva *"ojo por ojo, diente por diente"*. Esta fue muy propagada y recogida en célebres textos de **Los Decenviros** en Roma, **Moisés** en Palestina, **Pitágoras** en Grecia y **Solón** en Atenas.

El derecho punitivo se expresó de diferentes maneras en la antigüedad. muchas penas tuvieron normas muy parecidas, en este sentido revisamos brevemente la legislación en China, Persia, Babilonia, Egipto. Israel, Grecia y Roma.

Derecho chino

La legislación china se sintetiza en el libro de las cinco penas bajo dictados en el reinado del emperador **Seine** en la que predominaba la venganza y el talión, en casos donde no fue posible una venganza igual se aplicaba el talión simbólico, por ejemplo al ladrón se amputaba las piernas, toda vez que en China ladrón y huida tenía el mismo significado. Se aplicaba la pena de muerte en público para conseguir escarmiento y purificación. También se aplicó la decapitación, horca, descuartización y entierro en vida. Con el emperador **Wu Vang** surgieron reformas como la de exponer en público la cabeza del delincuente para infundir miedo, vergüenza a sus familia y evitar la propagación de los delitos.

Derecho persa

Encontramos dos épocas históricas de aplicación de la sanción punitiva, la primera que es muy remota y la segunda etapa culmina con el advenimiento del **Islam**. En la primera estuvo plenamente vigente la ley del Talión y posteriormente se aplicó la lapidación, crucifixión, descuartización, decapitación y el scaffismo, que fue un método más refinado de brutalidad.

Los padres de la historia cuentan la crueldad de las penas que soportaron los delincuentes consistentes en torturas de variada índole, una de ellas previa a una execrable muerte el reo era apretado con dos bestias iguales, dejando solo la cabeza, los pies y las manos afuera, hacia el exterior, seguidamente procedían a pinchar los ojos, echaban miel y leche encima de la cara y de los miembros, luego se exponía al sol, siendo invadido el cuerpo por las moscas que iban dilacerándolo; y los vermes derivados de los excrementos del condenado terminaban royéndole los intestinos. Uno de los condenados por el execrable scaffismo fue el rey **Mitrídates**.

Derecho asirio

En Babilonia durante el reinado de

Hammurabi en 2250 a. C. el Talión fue muy desarrollado, si un arquitecto construía mal una casa y ésta se desplomaba, el hijo debía morir. Por el agresor de una mujer que provocaba una muerte o aborto debía ser condenado a muerte su hija. Se ejecutaba la muerte arrojando al agua, hoguera, también se sancionaba con penas menores pero drásticas como las deportaciones, mutilizaciones, marcas y penas pecuniarias.

Derecho en la india

El Código de Manú surgió por el ss. VI o VIII a. C. el derecho de castigar provenía de los dioses **Brama** y el rey fue su delegado de imponer. El reo que cumplía la pena era ascendido al cielo limpio de culpa como haber ejecutado una buena obra. Se legislaron temas como la imprudencia, caso fortuito, impulsos a delinquir, desconocieron la ley del talión.

Derecho egipcio

Toda su legislación fue una revelación del dios **Thot** a través del rey **Mevis**, quien debía ejecutar la delegación. Se enfatizo las penas por las ofensas contra los dioses y faraones. Posteriormente se legislaron los delitos de complicidades en atentados, desobediencia de órdenes reales, el perjurio, homicidio. Se aplicó el talión simbólico, por ejemplo al espía se cortaba la lengua, al violador los órganos genitales, a la mujer adultera la nariz.

Derecho judío

Su aparecimiento remonta al siglo XVI a. C, sus fuentes se encuentran en el **Pentateuco** compuesto por los cinco primeros libros de la Biblia. Las leyes penales se encuentran en el **Éxodo, Levítico y Deuteronomio**. Posteriormente se incorporó a la legislación israelita el **Talmud,** en Jerusalén fundamentalmente. El talión estuvo presente ante las ofensas a los dioses. Para el adulterio se aplicó la pena de la lapidación, ahí tenemos el caso de **María Magdalena** quien estuvo a punto de ser apedreada y de no ser por la oportuna actuación del **Nazareno**, otra hubiese sido la historia de la mujer judía; no hay una sola lectura sobre la historia de **María Magdalena**, el erudito **Leonardo Da Vinci** sostiene documentadamente que perteneció al linaje de Benjamín, compañera y mujer de Cristo, con quien se casó y procrearon a **Sarah**. La lapidación más tarde se modificó mandando a la adúlteras a la horca y fuego, pero solo a la mujer, para el varón fue permisiva el acto.

Con esta misma legislación judía se le juzgó a **Jesús** por el delito de sedición y blasfemia. Su juzgamiento estuvo cargado de flagrantes ilegalidades e injusticias. Por sedición no podía ser juzgada ante autoridades locales, fueron incompetentes para hacerlo, los únicos facultados -juez natural- eran los magistrados romanos. Igual situación ocurrió con el otro juzgamiento por el delito de blasfemia que fue abandonado por tanto debía declararse nulo y ser absuelto. Es más **Jesús** nunca dijo ser Dios sino el **Mesías**, por tanto podía haber sido juzgado por el delito de falsedad o presunción; sin embargo, se le obligó subir a la Cruz y ofrendar su vida.

Derecho griego

Igualmente es larga la historia de su legislación, inicialmente se privilegió la vendetta privada, se enfatizó la sanción por ofensas a Dios –**Júpiter**- tal como se puede evidenciar los tres hechos más importantes que registra la historia de **Prometeo, Tántulo** y **Sísilo** todos de diferente manera y época por revelar los secretos de Dios a los mortales.

La legislación teológica fue sustituida posteriormente por normas morales y civiles. Se legisló severamente en el campo político-penal contra traidores y tiranos condenando, a muerte a sus gobernantes acompañados de su familia.

Dracón había dictada las leyes más severas, incluso la pena de muerte se aplicó, a los ilícitos menores, registrándose igual pena de muerte para quienes roban verduras y legumbres. Cuando se interrogó por qué la pena de muerte, incluso por culpas menores **Dracón** contestó: *"He creído que las más pequeñas culpas merecen esa pena y no he encontrado otras penas para las más grandes"* Posteriormente fue **Solón** quién vino a reformar estas penas extremas y dar una flexibilización y racionalidad a las penas. También la legislación griega legisló el destierro a los malos gobernantes, utilizando la figura jurídico-política del ostracismo, especie de plebiscito que convocaba a los ciudadanos a pronunciarse en las urnas sobre el actuar del gobernante y el consecuente destierro, esto evidenciaron los arqueólogos que encontraron en el Ágora cerámicas con los nombres de **Temístocles, Pericles, Arístides** que se supone estuvieron en el banquillo a ser consultados. **Hipérboles** fue el último gobernante que fue sometido al ostracismo.

También es curioso el castigo severo que recibían los soldados

cobardes que no ganan las guerras, se azotaba a los jóvenes afeminados y ordenaba matar a los niños deformes porque no iba con el ideal heroico del pueblo griego.

Derecho romano

La legislación romana es ampliamente conocida en las facultades de jurisprudencia, por ser el antecedente básico del derecho imperante en el mundo latino, por tanto tan solo dejamos enunciado a groso modo la venganza de sangre que se reguló, el derecho al homicidio del hombre con respecto a la mujer adúltera, normaba la decapitación, la mutilación. La crucifixión se aplicaba a quienes cometen delitos menores. El poeta latino **Horacio** recuerda que un esclavo fue llevado a la cruz por comer restos de pescado de su amo. El emperador romano **Licino** en alguna ocasión crucificó 6.000 soldados, unos a lado de otros, a lo largo de la vía Apia de roma. La crucifixión fue abolida por **Constantino I** en el año 377 por respeto a la memoria de **Cristo**. En cuanto a los delitos políticos corrieron con severas penas en particular la traición y el homicidio originó posteriormente en delitos comunes por ser de orden público.

Este resumen rápido de la punición en los grandes imperios sirvió para que nuevos imperios como el germánico, español, etc. puedan continuar e ir a partir de estas legislaciones penales modificando los castigos de lapidación, horca, descuartización y surgiendo algunos como la picota, flagelación, azotes hasta la actualidad a tono con la tecnología imperante encontramos la inyección letal, fusilamiento, silla eléctrica, entre otras penas, lastimosamente la privación de la vida es igual que en la antigüedad y el medioevo con la única diferencia en los métodos que se utilizan.

CAPITULO SEGUNDO

Concepciones del derecho

La concepción "monista" del derecho

El "monismo jurídico" es la corriente dominante en el mundo occidental, es considerada o calificada como "*derecho moderno*" que supone el monopolio estatal, la homogenización jurídica, única e imperante, válido y reconocido por el Estado, es decir a un Estado le corresponde un solo derecho o determinado sistema jurídico y viceversa. Sostienen sus ideólogos que de no ser el derecho reconocido por el Estado, carecería de toda efectividad en su aplicación y violaría el principio de la seguridad jurídica y el Estado de derecho. Esta corriente no admite la posibilidad de convivencia de dos o más derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico (Estado) y si los hay carecen de reconocimiento legal por consiguiente todo lo que no esta escrito en la ley no existe, no tiene validez.

La idea del vínculo inseparable de Estado-Derecho tiene su origen en la teoría jurídica liberal positivista formulada originalmente por el jurista austriaco **Hans Kelsen** en su obra *"Teoría Pura del Derecho"* y desarrollada más tarde por sus discípulos.

Su marco histórico es el proceso de hegemonía del poder político burgués en el Estado Liberal y la especialización de las formas de control social centralista y excluyente. Esta concepción teórica del monismo legal sólo admite llamar "derecho" al sistema normativo estatal, a las normas emanadas por el Estado a través de la función legislativa y demás instituciones oficiales –ejecutivo- como sucede en el Ecuador al tener el Ejecutivo la facultad de ser un órgano colegislador, dejando a la función judicial la potestad para administrar justicia, aplicando única y exclusivamente la norma

jurídica estatal escrita. Dicho de otra manera la función legislativa crea la norma legal, el órgano judicial aplica la misma y el ejecutivo gobierna dentro del imperio de la ley.

En definitiva desde la perspectiva del *"monismo jurídico"* solo puede existir el *"derecho"*, cuando es fabricado por el Estado y sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado. Además, tal derecho debe ser *escrito, de aplicación general y especializada,* diferente de las normas filosóficas, morales, religiosas y peor consuetudinarias. Toda otra norma o sistema normativo no elaborado por el Estado resulta inválido y es considerado solamente como mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar confundida con normas u orientaciones éticas, políticas, morales, filosóficas, espirituales y religiosas, pero que no tiene ninguna fuerza coercitiva que obligue su vigencia y aplicación general, por consiguiente inexistentes para los administradores de justicia.

La norma estatal impone a la costumbre

Los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados como el estatal y consecuentemente al no contar con un reconocimiento oficial, son considerados por partidarios de la corriente oficial o monista como sistemas arcaicos, salvajes, atrasados, pre-modernos, y generosamente podrían entenderse como sistemas en formación y solamente si llegaren a reunir determinados requisitos estatales podrían ser incorporados –asimilados- al derecho formal positivista.

Así la costumbre solo es admisible como "fuente" del derecho a falta de ley expresa que regule la misma materia y nunca en contra de ella por "*su peso irrelevante*". Si una costumbre se opone o está en contradicción con lo que dispone o prohíbe una ley estatal, no sólo que carece de valor jurídico sino que debe ser reprimida, por considerarle atentatoria al estado de derecho y subversiva al statu quo. Si se trata de un sistema al que se pueda llamar *"derecho consuetudinario"* sólo es admitido de modo restringido, pues deberá someterse a la ley estatal manteniéndose política y socialmente subordinado.

De igual forma, el sistema de garantías constitucionales se ha construido bajo el mismo espíritu estatal, así acontece con los principios de legalidad, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso, estado de derecho

e imperio de la ley que los defensores se deleiten y hacen gala de este confuso sofisma. Así las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana, por más legitimidad que esta tenga al interior de las comunidades indígenas u otros colectivos sociales, siendo considerados por el derecho oficial al derecho indígena como actos ilícitos, delictivos, arcaicos, bárbaros, salvajes, primitivos. En consecuencia la *"costumbre"*, solo es admisible cuando explícitamente la ley se remite a la ella, o a falta de la norma estatal, pero nunca en contra de ley estatal expresa.

Confusión del estado – nación

Erróneamente la corriente que formulara inicialmente Kelsen concibe la idea de vincular a la identidad Estado-Derecho con la del "Estado-Nación". La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de ser organización jurídico-política de una nación. Ahora el significado que se da a nación es aquel de ser "*Un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión*"; es decir estar vinculado por criterios étnicos, antro-pológicos, históricos, mientras que los elementos constitutivos del Estado son: Pueblo, Territorio, Poder Político y Soberanía, se dice que sin estos cuatro elementos no podríamos hablar de Estado, excepcio-nalmente Israel a raíz de la diáspora se mantuvo como nación hasta que en 1948 la ONU le adjudicaran el territorio. En esta perspectiva aparenta legitimidad un Estado que tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa a un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión y cultura. Sin embargo saltan automáticamente los siguientes interrogantes ¿qué sucede en los Estados donde existen más de una nación o pueblo (nacionalidades) y de hecho más de un sistema jurídico - político? ¿Es válido hegemonizar –imponer- a todas las nacionalidades bajo una sola ley estatal? ¿El monismo jurídico ha respondido satisfactoriamente a las demandas de pueblos enteros que luchan por su reconocimiento? ¿Son cosas, objetos los indígenas para meter en un mismo saco destartalado zurcido con mil remiendos y por la fuerza bruta impedir su resquebrajamiento? ... Las respuestas son interesantes, reflexivas y analizamos más adelante.

La fuerza base del estado

El término Estado tiene una ambigüedad en su definición

desde la famosa expresión de Luis XIV quien habría dicho un cierto día: *"El Estado soy yo"* como expresión de absolutismo o la frase de Benito Musolini, quien dijo: *"nada contra el Estado, nada fuera del Estado, todo dentro del Estado"* ícono de totalitarismo fascista. Por su parte **Fréderic Bastiat,** economista liberal francés en 1849 ofreció un millón de francos al que enunciara una definición universalmente aceptada de Estado; nadie los ganó.

Se cree que **Nicolás Maquiavelo** fue el primero en emplear el término Estado científicamente en su obra clásica el "***Príncipe***", por ello también es considerado el primer politólogo de la historia, ocupación que no goza de buena fama, al respecto compartimos la siguiente anécdota, ante la muerte de un politólogo sin medios económicos como es natural, se emprendió en una colecta pública para su entierro y al intentar reunir $1000 un bromista accedió a dar el doble del requerimiento diciendo: *"Toma $ 2000 y entierra a dos*", un maquiavélico sin duda…

Maquiavelo, consideró al Estado nada más que como *estructura de poder,* siendo el *príncipe* el sujeto constituyente del Estado. Para **Bodino** la república es el recto gobierno con poder soberano.

Para **Thomas Hobbes** el pacto o convenio de voluntades forman el **"Leviatán"** que es el poder absoluto en representación de la colectividad. Mientras que para **J. J. Rouseau** el Estado surge por contrato social donde los individuos ceden sus derechos al Estado que garantice la protección a todos. Para **Jhon Locke** la pluralidad de instituciones de gobierno articulados bajo la supremacía del legislativo constituye el Estado como unidad de poder. **Montesquieu** sostiene que el Estado es la unidad y equilibrio de poderes. Para **Kant** el derecho es el puente conciliador entre Estado y sociedad. Para **J. G. F. Hegel** el Estado nace como superación dialéctica de la sociedad divida. Más tarde es refinado y girado dialécticamente hacia el materialismo por **Carlos Marx** que concibió al Estado como instrumento de dominación de una clase en desmedro de la otra y que tan pronto se podía destruir, mejor para el proletariado mundial y así abrir paso a una sociedad sin clases en la que ya no sea necesario el Estado represor, en una sociedad comunista, igualitaria exenta de clases sociales, utopía realizable, aún no realizada pero por realizarse.

La situación se complica aún más al fragmentar las naciones y a éstas dar el nombre de Estados. Y como

que esto fuera poco se confunde a estas dos entidades como el conjunto de la administración burocrática o entes dispensadores de justicia, igual a los que elaboran y promulgan las leyes y a los que detentan el poder político, confundiendo al Estado con el gobierno.

Knabenhans, concibe al Estado por *encima de la organización familiar y clánica, por la autonomía territorial absoluta – sociedad que ocupa un espacio geográfico y lo considera suyo-, comunidad solidaria- sociedad que se identifica así misma como diferente y defiende a sus miembros de las amenazas internas y externas, y cierta dirección superior como gobierno-* La totalidad de las sociedades humanas tienen o tenían originariamente territorios que las sustentan, identidades étnicas que las diferencian y gobiernos que las norman. Es decir el rey, cabecilla, cacique, consejo de ancianos o asamblea general de la etnia o la nación, según las organizaciones humanas que ancestralmente aparecieron.

Por otra parte **Max Weber** anota que no se puede definir al Estado por el contenido de lo que hace, el sociólogo no encuentra tarea alguna que el Estado no realice o haya realizado, incluso aquellas que no se consideran políticas: *"Antes bien, sociológicamente el Estado moderno solo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, lo mismo que a toda asociación política le es propio, a saber: el de la coacción física: 'Todo Estado se basa en la fuerza' dijo en su día **Trotsky** en Brest-Litowsk. Y esto es efectivamente así. Si solo subsistieran construcciones sociales que ignoran la coacción como un medio, el concepto de Estado hubiera desaparecido; entonces se hubiera producido lo que se designaría con este sentido particular del vocablo, como 'anarquía'. Por supuesto la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado- nada de esto- pero si su medio específico"*. Recordamos que la filosofía del **anarquismo** consiste en arribar a un estado superior de la humanidad en donde no se requiera de la fuerza para que la sociedad pueda desarrollarse pacíficamente y los valores de solidaridad, respeto, justicia, libertad estén presentes en los individuos, entre sus preceptos constan: *"la tierra para el que la cultiva, la casa para el que habita, las cosas para quienes lo necesitan"*. Más adelante volveremos sobre el anarquismo.

Estado panárquico

El marxismo sostiene que el Estado no es eterno, en sus inicios de la sociedad humana, es decir en la *"comunidad primitiva"* no existió y por consiguiente en su estado superior al capitalismo, que deviene en el comunismo desaparecerá, contrariamente **Miguel Chase Sardi,** sostiene que la primitiva sociedad guaraní nos ayuda a entender mejor la implícita existencia del Estado en todas las sociedades desde la **teocrática** hasta la **socialista**. **Chase Sardi** afirma que serían *"sociedades sin Estado"*, usando la discutible frase de la gran mayoría de los antropólogos modernos. O *"sociedades contra el Estado"*, repitiendo la variable, aun más contradictoria de **Pierre Clastres**. Por tanto a su manera de ver y entender se puede considerar a los guaraní, como plenas sociedades estatales, pues tienen relaciones importantes, por encima de las parentales; dueñas de un territorio – que en gran medida hoy se les ha confiscado - , con identificación cultural propia y normas consuetudinarias que constituyen la dirección de su gobierno, a pesar del esfuerzo que la sociedad nacional paraguaya hace para manipularlas.

Agrega Chase Sardi, *"el* ***P. Bartomeu Mel.is*** *me hizo notar (comunicación personal) que a pesar de la idea generalizada entre los primeros cronistas y misioneros, sobre los primitivos americanos, como pueblos "sin ley, sin rey y sin fe", los verdaderos estudiosos encontraban lo contrario"*. Así, el **P. Antonio Ruiz de Montoya** dice al comienzo del capítulo X de su "Conquista Espiritual", sobre el guaraní: *"Vivían y hoy viven los gentiles en poblaciones muy pequeñas (como se ha dicho), pero no sin gobierno. Tenían sus caciques en quien todos reconocen nobleza, heredada de sus antepasados, fundada en que habían tenido vasallos y gobernado pueblo"*.

En realidad, como hasta hoy aparenta, constituyen el centro de gobierno. Pero, solo para concertar las divergencias de opiniones. Pues el poder real estaba, y está todavía, difuminado entre todos los que integran la asamblea general. Para **Chase Sardi** estas organizaciones estatales son estados panárquicos, porque se da el gobierno de todos por igual. Las decisiones se toman en absoluto consenso. Cuando hay desacuerdos imposibles de solucionar en una comunidad, un tekoa, aldea, o una guara, patria, país; sencillamente la minoría se retira a otro lugar y ahí desarrolla su consenso.

Esto se daba hasta hace muy pocas décadas, de acuerdo a mis observaciones agrega el autor citado en su obra compartida con **Súsnik "Composición Social y La Estructura del Poder".** Hoy las comunidades indígenas sobrevivientes, no pueden aplicar esas antiguas prácticas, pues las fronteras en avance de la sociedad nacional las han arrinconado en pequeños espacios donde su antiguo estilo de vida es irrealizable. Tienen que reciclar su cultura y readaptarla a la situación actual. El ente socio cultural es un permanente proceso dialéctico de permanencia y cambio.

La sanción guaraní a la enfermedad social

Chase afirma que hasta 1992, ha comprobado, el consenso del **Aty Guasu**, del gobierno de la comunidad o de la etnia, según el caso, ejerce el "medio específico" de todo Estado: el monopolio de la fuerza legal para castigar los crímenes, los delitos, las falsas o las desviaciones socioculturales que constituyen enfermedades sociales, para recuperar antiguos valores o tomar atajos nuevos en el movimiento cambiante de la sociedad y la cultura. Aquello que se sale del margen de lo que le damos en llamar ***"derecho consuetudinario"*** o *"normas de control social"*, es el blanco principal de la violencia permisiva. No obstante, a instancias del cambio natural y sociocultural ambiental, se producen leves y constantes transformaciones. En los últimos años, las transgresiones menores son penadas por el **Tekoaruvicha**, líder, vulgarmente denominado cacique. Sin embargo, los hechos o actos considerados graves, caen bajo la competencia absoluta de la asamblea general. –como, por ejemplo, el incesto, el asesinato y el poangai, hechizo o magia negra- que pueden terminar con la pena de muerte. De llegarse a sancionar con el máximo de la pena por el máximo delito cometido, de verdugo es obligado actuar un pariente del condenado, para evitar seguidillas de venganzas. Cuentan que, en tiempos de sus abuelos, la pena por el acto de hechicería era quemarle vivo al malhechor en una gran hoguera. La sanción al delito de homicidio fue infligir al condenado las mismas heridas que sufrió la víctima.

Visto esto parecería comprobarse que no solamente el denominado Estado moderno o Estado- Nación tienen la coacción como *"medio específico"*, sino también, como nos demuestra la historia es característico de la ciudad Estado, del Estado Imperial, del Estado

Teocrático, del Estado tribal consanguíneo, del Estado centralizado o descentralizado, totalitario, autocrático, oligárquico o democrático, estratificado por clases o castas, incluyendo por su puesto, el Estado socialista, vaya este del tono amarillo, anaranjado al rojo vivo.

Así al parecer tampoco las sociedades impropiamente calificadas como *"primitivas"*, sean del tipo que fueran estarían exentas de una estructura llamada Estado. Para la última constitución paraguaya *"los pueblos indígenas son definidos como grupos de cultura anteriores a la formación o a la organización del Estado Paraguayo"*. Concluye el autor que en vez de "grupos", los llamaría "etnias" o "naciones" e incluso, arriesgaría por la denominación de "Estados Panárquicos".

Etnia y nación

Los términos **Etnia o Nación** denotan el primitivo sentido primigenio. En el curso de la historia la polisemia cambiante condujo a muchas confusiones. Para los griegos ***ethnikós*** denotaba el hecho de *"nacer en..."* o *"pertenecer a..."*. Para el antiguo latín de los romanos, *nasci*, quería decir *"nacer"*, *"proceder de..."*, *"emerger de..."*. En 1444 el español lo tomo de *natio, nationis*, para expresar *"nacido"*, *"naciente" y "nación"*. Para Chase-Sardi los dos vocablos etnia y nación son sencillamente el pueblo donde se ha nacido y / o donde se ha socializado.

Miguel Alberto Bartolomé dice que el concepto de *"nación"* tiene un conjunto de atributos que evidencia una indudable relación con el concepto de *"etnia"* niega la secuencia evolutiva de momentos entre sentido de etnia y nación según la cual *"la nación no sería más que una etnia que se asume políticamente en términos de una orientación conjunta hacia el cumplimiento de objetivos públicos, mientras que etnia como la hemos conceptualizado es básicamente un tipo de organización política, en el sentido amplio al que alude su carácter de grupo organizacional"*

Clandestinización del derecho indígena

En países pluriculturales ya reconocidos oficialmente en sus constituciones políticas como en el Ecuador, y plurinacionales aún no reconocidas, pese a su ancestral presencia, incluso originaria y actual existencia visible de decenas de nacionalidades que con reconocimiento oficial o no, son excluidos por el Estado Nacional;

para justificar su oposición a tal reconocimiento los gobiernos de los Estados Nacionales arguyen que en el momento que se reconoce a otro sistema jurídico paralelo se balcanizará el Estado en fracciones incontrolables, idea peregrina que dista kilómetros de la realidad. El reconocimiento del sistema jurídico originario, más antiguo incluso que el predominante, es justo, legítimo y necesario para una convivencia equilibrada de los pueblos a la luz del principio de la diversidad que sustenta la interculturalidad. La imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un falso modelo de *"Estado excluyente"*. En este esquema tradicional, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la plurinacionalidad, excluye pueblos indígenas no representados oficialmente, colectivos sociales y minorías, reprime sus conocimientos y expresiones de diversidad cultural, étnica, lingüística, filosófica, religiosa y normativa.

Pese a la proscripción oficial del derecho indígena, ello no necesariamente ha significado la desaparición de los múltiples idiomas, culturas o sistemas jurídicos. Los gobiernos mediante los aparatos estatales ideológico – jurídico y militar han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos. Sin embargo los pueblos indígenas resistieron, as{i como hoy se porfían en sobrevivir, para ello tuvieron que desplazarse lejos de la *"civilización"* hacia recónditos lugares, ello explica como hasta ahora persista con tanta nitidez sus preceptos, visiones, costumbres y formas de desarrollo comunitario aunque con algunos matices y en otros casos aprendiendo a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el propio Estado liberal, no obstante sin descuidarse de su esencia indígena. Los sistemas *"no oficiales"* han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal, subordinación social y política, adquiriendo formas de vida clandestina y marginal.

CAPITULO TERCERO

Los pueblos indígenas durante la conquista y colonización

La justificación de la conquista

Los títulos jurídicos para proceder con la colonización de ultramar, esgrimidos por España y Portugal, fueron el primer descubrimiento y toma de posesión de las tierras y hombres de América que en buen romance significa usurpación, genocidio, etnocidio e impunidad. Las bulas papales de concesión y los pactos entre ambas coronas dividieron la zona de exploración y conquista de los nuevos territorios. Éstos se consideraron como los únicos principios y documentos que facultaba a la *"seguridad jurídica"* para la expansión colonial de los gobiernos ibéricos.

Las leyes de burgos

La acción de España en América planteó una serie de problemas teóricos sin precedentes en la historia, había que dilucidar el origen de los indígenas, si eran personas racionales, paganos o infieles (pagano: aquella persona que no ha tenido jamás conocimiento de Jesucristo; infiel el que no profesa la fe verdadera a pesar de conocerla como judíos o musulmanes)

La encomienda de 1499 que repartió a los indios entre los españoles, los cuales podían exigirles un trabajo o servicio personal, a cambio de lo cual el encomendero se obligaba a dar instrucción religiosa –catequizar- al indio, aunque en 1509 se reformó la encomienda estableciendo que el *"contrato"* no fuera de por vida, sino que los indios solo estuviese encomendados por dos años, disposición que jamás llegó aplicarse lo que provocó pronto la revocación.

Consejo de indias

A los españoles que venían en nombre de la corona a emprender la conquista y colonización se les dio el nombre de *Consejo de Indias* a partir de 1517, aunque hasta 1524, no se institucionalizó como tal, para luego independizarse de Castilla.

El *Consejo de Indias* era el *Tribunal Supremo* que resolvía todas las causas civiles y penales referentes a América y además tenía otras funciones administrativas. Estaba formado por un presidente y un grupo de consejeros, que eran letrados y clérigos. Uno de ellos actuaba como *fiscal* y se encargaba de velar por los intereses de la corona.

El Consejo se encargaba de atender asuntos de gobierno, justicia y hacienda, destacando su papel en las tareas legislativas y judiciales. En el ámbito legislativo, asesoraba al rey sobre los diferentes asuntos y le informaba de la problemática americana, propiciando las medidas que consideraba oportunas. Los temas que se trataban en el Consejo eran muy variados. Como las propuestas de aquellas personas destacadas para desempeñar los distintos cargos, o las instrucciones a que debía ajustarse la política del momento.

En cuanto a las *tareas judiciales*, el consejo actuaba como Tribunal Supremo, y era el encargado de ver los juicios de residencia de los funcionarios públicos y dictaminar sobre las *"visitas"*, que eran las inspecciones que se realizaban a las distintas instituciones.

El *Consejo de Indias* funcionaba colegiadamente y los asuntos se aprobaban o desestimaban por votación de sus miembros. Los acuerdos eran elevados al rey por el presidente que llevaba de nuevo al Consejo la decisión del monarca. Para los asuntos más delicados, la corona contó además con otros asesoramientos; era habitual que el rey convocara a juntas especiales de juristas y teólogos que junto a los consejeros, estudiaban el problema en cuestión.

En el mismo sentido ocurrió con otros reinos peninsulares, ya que estos territorios americanos tenían la categoría de reinos, como León, Galicia, Granada o Aragón por lo que al igual que los virreyes hispánicos, los de Indias asumieron personalmente la representación del monarca.

Cuando los Reyes Católicos concedieron a **Cristóbal Colón** el título de *"virrey"* en las capitulaciones de Santa Fe, tomaron la institución virreinal de unos claros antecedentes castellanos, porque justo con motivo de su ausencia debido a la guerra de Granada,

habían nombrado virreyes para León y Galicia y tras la conquista de Granada, también se nombró allí un virrey, los virreinatos aragoneses, de larga tradición influyeron en la configuración final de esta institución americana.

Los virreyes indianos

Cristóbal Colón se convirtió en el primer virrey de las Indias cuando en 1493, se le confirmó en Barcelona los cargos y mercedes establecidas en las capitulaciones. Pero, a raíz de los problemas surgidos y a su escasa capacidad de gobierno, fue depuesto. Su hijo Diego tuvo este cargo durante un tiempo, pero también fue depuesto por la corona. Después transcurrió un tiempo en el que las Indias estuvieron bajo gobernadores y audiencias, hasta que una junta de ministros consejeros propuso al rey en 1529 la conveniencia de nombrar un virrey para la Nueva España, cargo que recayó en **Antonio de Mendoza**, esto sucedió en 1535. El virreinato del Perú fue creado años más tarde, en 1542, siendo su primer titular **Blasco Núñez de Vela**.

El virrey concentraba varios poderes, reunía los títulos de Gobernador, Presidente de la Audiencia de la capital del virreinato, Capitán General, Ordenador de la Real Hacienda y Vicepatrono de la iglesia, todo ello en el territorio correspondiente a su virreinato.

Durante los primeros años, el cargo no tuvo limitación de tiempo, pero, en 1555, se estableció un período de mandato de seis años y, desde 1660, tan sólo de un trienio.

El virrey asimismo era el encargado del nombramiento de corregidores, alcaldes mayores y gobernadores dependientes. Según lo establecido, tenían preferencia para ocupar los cargos los descendientes de conquistadores y descubridores, y los casados sobre los solteros. El virrey tenía a su cargo el concertar nuevos descubrimientos y expediciones de conquista en los territorios limítrofes de su virreinato. Debía preocuparse del incremento de la agricultura y la ganadería, y del fomento de la minería y el comercio, siguiendo, para ello, las instrucciones enviadas por la corona; de modo que de él dependía la fundación de universidades y otros centros de enseñanza, además de hospitales y hospicios.

El poder judicial quedaba reservado a las audiencias, encargadas de la administración de justicia. El virrey estaba obligado a respetar la independencia de este organismo judicial y, aunque no podía intervenir en las sentencias

ni votarlas, como representante del rey estaba obligado a firmarlas.
En lo que respecta a la *Real Hacienda*, le correspondía la suprema dirección y siempre actuaba asesorado por una Junta de Hacienda, estando obligado a inspeccionar todos los asuntos y a los funcionarios reales relacionados con aquella materia.
En cuanto a los aspectos militares, como *Capitán General* tenía a su cargo el nombramiento de los cargos militares y la dirección del ejército y la marina virreinales. Todos los asuntos relacionados con la defensa y fortificación del territorio caían bajo su jurisdicción.
En Castilla, las audiencias eran tribunales de apelación que resolvían los pleitos en segunda instancia. Luego se fundó una audiencia en Santo Domingo con el fin de facilitar los trámites judiciales de los españoles que ya vivían en América, y para limitar y contrarrestar los poderes de **Diego Colón**, que, en su calidad de gobernador de las islas, reclamaba la herencia legítima de su padre. Lo mismo ocurrió con la audiencia que se fundó en México, en 1527, que debía servir de contrapeso a los plenos poderes que tenía **Hernán Cortés**, considerados peligrosos por la corte.
Con el tiempo, surgieron nuevas audiencias en el territorio americano, convirtiéndose en un órgano estatal encargado de controlar la burocracia colonial, con poderes para tomar medidas contra las irregularidades y excesos cometidos por las autoridades.
La obligación principal de las audiencias era velar por la justicia en los territorios recién conquistados. Los límites de la jurisdicción de estas audiencias llegaron a convertirse, en parte, en las fronteras estatales de las actuales repúblicas.

Corregimientos y alcaldías mayores

Los *corregimientos y alcaldías mayores* constituían unidades administrativas de menor jerarquía, su papel fue muy similar que casi nada lo diferenciaba; sin embargo, el corregidor tenía facultades más amplias que el alcalde mayor, auque uno y otro se encargaban del gobierno local. En realidad, eran una copia de las instituciones municipales castellanas. En Castilla, el corregidor se identificaba con los municipios de realengo, y el alcalde mayor con los de señorío.
El gobierno municipal que se trajo a América no fue el corregimiento sino el municipio tradicional regido por dos alcaldes ordinarios, a pesar de que la mayor parte de

las ciudades americanas eran realengas, los señoríos en América eran excepcionales y tuvieron una vida muy corta.

Lo cierto es que, en Nueva España, en los años siguientes a la conquista de **Cortés**, se nombraron corregidores encar-gados de gobernar los pueblos de indios que estaban encomendados a la corona y no a un particular. Y en los pueblos que estaban regidos al modo castellano por los alcaldes ordinarios, se nombraron los alcaldes mayores, cuya función era la de jueces superiores que resolvían las apelaciones de las sentencias dadas por los alcaldes ordinarios.

A mediados del siglo XVI, se implantaron los corregimientos en las principales ciudades de españoles en América, y ello por varios motivos-, fundamentalmente, para corregir los actos de corrupción tanto en la deficiente administración municipal en lo relativo al gobierno municipal, a la administración de justicia y a los temas financieros, y para evitar los problemas de carácter social y económicos surgidos por las pugnas internas entre los grupos sociales más influyentes. Pero, en definitiva, las atribuciones de alcaldes mayores y corregidores en América eran muy similares.

El *corregidor indiano* solía ser un personaje rudo de *"capa y espada"*, excepcionalmente ocupaba el cargo un letrado, y el alcalde mayor era un hombre de leyes, un profesional en leyes. Los dos funcionarios portaban una vara como símbolo de su autoridad y, en cuanto a sus funciones y facultades judiciales, apenas existían diferencias intrascendentes; los corregidores tenía mejor remuneración que los alcaldes mayores, aunque eso estaba en relación con la importancia de la ciudad que cada uno gobernaba.

Se proliferaron alcaldes mayores y corregidores a lo largo de América; algunos eran nombrados directamente por el rey, los que iban a desempeñar sus funciones en una ciudad importante, pero la mayoría eran designados por el virrey o los gobernadores. Para ocupar estos cargos se preferían a los descendientes de los conquistadores, descubridores y primeros pobladores españoles y, de ellos, a los casados sobre los solteros. El cargo estaba prohibido a los familiares de los gobernantes, a los encomenderos y a los que tenían deudas con la hacienda.

Las competencias de unos y otros eran de dos tipos: gubernativas y judiciales. Las funciones de gobierno consistían en regir los respectivos municipios, la ciudad y su distrito, donde se encargaban de las obras públicas y las visitas

al término municipal. Las funciones judiciales estaban perfectamente marcadas: de ellos dependían la administración de justicia en la ciudad y su distrito, y eran jueces de apelación en las sentencias dadas por los alcaldes ordinarios de las villas y lugares de su jurisdicción. El corregidor, como no entendía de leyes, era ayudado en estas funciones por un teniente de corregidor que le asesoraba en los asuntos de carácter judicial.

Estas instituciones fueron suprimidas en el siglo XVIII, cuando se llevaron a cabo las reformas administrativas de los Borbones, las mismas que fueron sustituidas por las intendencias.

La encomienda durante la conquista española

Con la conquista española, en un abrir y cerrar de ojos todos los bienes pasaron a ser propiedad de los españoles que venían a dominar estos territorios provistos de audacia, ansiedad e insaciable codicia; no contentos con la riqueza encontrada en las minas –metales preciosos- con la tierra, sus animales, sus cultivos, sus frutos, recurrieron a la apropiación de facto a los pobladores indios, al puro estilo de la sociedad esclavista. Un retroceso histórico evidente luego de más de 18 siglos de haber superado el viejo imperio romano donde su economía se sustentaba en las siguientes herramientas de trabajo: *Instrumentum mutum, instrumentum semivocale e instrumento vocale*, que se refería al instrumento propiamente dicho, a los animales de uso y a los esclavos parlantes, en esta categoría el esclavo era el instrumento más perfecto, es decir una cosa con voz. Esta realidad aparentemente superada por la cultura europea cristiana fue trasplantada en el nuevo mundo con breves matices a tono con las circunstancias de explotación colonial donde las poblaciones indígenas fueron tratados como bestias de trabajo para las labores en las minas, plantaciones, haciendas, etc.

Franz Fanon y Jean Paul Sartre, citado por **Roberto García**, en una brillante reflexión expresan que *"indios", "negros", "indígenas"*, etc. *"Son el producto necesario del proceso de colonización: ni ser humano, ni animal, sino un término medio entre ambos"*.

Con motivo del IV Centenario del Descubrimiento de América, el Papa XIII en la *"Epístola de su Santidad nuestro Señor León..."* dirigida a los arzobispos y obispos de España, Italia y ambas Américas entre otras cosas afirma que se dio un encuentro de un lado

"gentes" y del otro *"criaturas"* ignorantes, sumergidas en *"Lamentables tinieblas, ritos insanos y supersticiones idolátricas"*, recuérdese que nos encontramos en el año 1892 y no en el siglo XV.

Así institucionalizaron *la Encomienda*, que no fue otra cosa que un derecho paradójicamente de facto, autoasignado que tenía la corona española, mediante un contrato de concesión se le adjudicaba a los españoles un número determinado de indios para que tributen a su favor a cambio de protegerlos y adoctrinarlos en la fe católica.

La encomienda organizaba una sociedad rural de indios desprovistos de todo, solo con la obligación de trabajar o pagar con sus servicios a favor de los encomenderos

Hanke en su obra: ***"La Lucha por la justicia en la Conquista de América"***, tomado del libro ***"El Indio en el Ecuador Independiente"*** de **Julio Tobar Donoso**, nos cuenta:

"La teoría de la encomienda era sencilla". La Corona Española entregaba o "encomendaba" indios a los españoles..., y esta concesión daba a los españoles derecho a imponer tributos a los indios. A cambio de esto, los encomenderos estaban obligados a dar instrucción religiosa a sus indios y protegerlos..."

Por su parte **Juan de Solórzano Pereira**, quien investigó con profundidad las instituciones de la colonia española, define la encomienda como:

"Un derecho concedido por merced real a los beneméritos de las Indias, para percibir, y cobrar para sí los tributos de los Indios que se les encomendaren por su vida, y la de un heredero, conforme a la ley de sucesión, con cargo de cuidar del bien de los Indios en lo espiritual y temporal, y de habitar y defender las provincias donde fueren encomendados y hacer de cumplir todo esto homenaje o juramento particular".

Característica de la encomienda

De las definiciones anotadas se puede extraer algunas características de la institución denominada encomienda:

1. Es un derecho exclusivo de la corona española, no podía nadie más que el rey concesionar este derecho por el mero hecho de ser conquistadores o nuevos dueños de los inmensos territorios indios.

2. Esta concesión otorgada por la corona española solo podía hacerse a favor de españoles que habitaban en América, no podía extenderse esta concesión a favor de indios porque precisamente los

indios no eran sujetos, no contaban como ciudadanos sino contaban para la tributación, por ello fueron tratados como objetos útiles para producir y rendir tributos.

Tampoco podían ser concesionarios de la encomienda extranjeros que no fueren españoles.

3. La encomienda era una especie de contrato o convención entre el rey y el español habitante en tierras de América, mediante el cual el encomendero tenía la facultad legal de percibir o cobrar los tributos a los indios presentes y futuros, es decir conforme la ley de sucesión, el derecho se trasmitía a favor del encomendero para seguir tributando al heredero o descendiente del indio que tributaba y consecuentemente la obligación de tributar del indio se extendía también hasta uno de sus herederos postmorten.

Hemos hablado de un contrato o convención porque al extender la corona este derecho de encomienda, el español beneficiario debía realizar un juramento o compromiso formal para su cumplimiento.

4. El contrato de encomienda conlleva dos condiciones que el español beneficiario tiene que cumplirlos:

a) Preparar espiritualmente al indio para que se convierta a la fe católica, adoctrinando y extrayendo la salvajidad de su ser para que ingrese a la civilización. Labor que debía hacerlo con el apoyo de los curas y cuando no entiendan por medio de la razón había que recurrir al tizón y la fuerza.

b) La otra condición que se estipula en la encomienda es la obligatoriedad del español beneficiario en habitar, vivir y permanecer en estos territorios a fin de defender de posibles invasiones sobre la jurisdicción española.

La encomienda como anotamos beneficia directamente al español encomendero con los tributos de los indios que percibe anualmente, constituyéndose en un protector remunerado con el tributo, un protector que asumía la representación del mismo Rey, a quien retornaban ellas y el tributo cuando terminaba la encomienda.

Además la encomienda permitía a la corona española ganar por doble vía:

Primera: En una sociedad de imposiciones, arbitrariedades y violencia engendrada por la conquista española, había que inventarse algún mecanismo para contrarrestar o incluso evitar desde un inicio posibles sublevaciones de los indios. Y una forma de mantener la dominación era a través de la sumisión ideológica, bien dirigida por la iglesia que difundía el conformismo, la paciencia e incluso el sufrimiento

terrenal, como mérito para alcanzar la felicidad eterna en ultratumba. Para cumplir con este propósito la corona española envió una gran cantidad de curas, obispos y más religiosos para implantar un proceso intensivo de adoctrinamiento a las poblaciones indígenas.

Segunda: Los conflictos generados por la actitud expansionista de la corona en más territorios de América, sus recursos minerales y poblaciones indias para el trabajo fue evidente entre España y Portugal, sin considerar a otras naciones europeas que también ansiaban expandirse por el nuevo mundo, fue necesario prevenir a los conquistadores y colonizadores en la defensa de sus territorios con los indios como carne de cañón.

La iglesia católica aprendió rápidamente los vicios del Estado en la expansión del Cristianismo, más que en ganar nuevos pueblos para la fe de Cristo y constituirse en una religión ecuménica, fue su interés incorporar nuevos territorios a su administración para generar riqueza y poder.

Así la suerte estuvo echada para los indios. La astucia e insaciable ambición no se hizo esperar, españoles provistos de rudeza y rapacidad de toda laya vinieron a América, con instrucciones precisas de expansión totalitaria; y, sus actuaciones estuvieron en unos casos fuera de la ley y aún en contra de la ley, en las instituciones costeadas por las espaldas golpeadas de los pueblos indígenas, como la mentada encomienda; los concertajes, que los "naturales" proveían a los españoles de un número determinado de individuos que ejecutasen el trabajo en las minas y, por último, la de los indios sujetos al tributo, *"como prenda de seguridad y defensa que les prometían los conquistadores"* a decir de **Diego Luis Molinari**.

El tributo en la colonia

Así como la encomienda, el tributo constituye uno de los pilares del sistema económico hacendario de la Colonia. Tuvo tanta adhesión el tributo a los indios que ni siquiera el cura **Bartolomé de Las Casas** se atrevió a proponer la eliminación de esta institución que produjo tanta lujuria de pocos sobre los hombros de miles de indios que aprendieron a sudar y afligir de dolor. En 1520, **Las Casas** si bien aboga por la libertad de los indios, sugiere que libertados los indios podrían organizarse en comunidades, trabajar colectivamente y continuar pagando los tributos. Sostenía el clérigo que si aceptan sus planes, el tributo produciría a

partir del tercer año, quince mil ducados de renta, que se duplicaban al cabo de un decenio.

Por su parte **Eugenio Espejo** expresaba que cada indio tributaba anualmente cinco pesos por cabeza aproximadamente. La exacción se hacia muchas veces efectiva en las viudas de los tributarios, que *"han sido perseguidos a pagar el tributo de sus maridos difuntos, como si fuese su propia deuda personal"*.

Con el advenimiento de las *"nuevas leyes"* de 1542 y 1543, la encomienda sufre una reforma, dejando de ser repartimiento de indios pasa a ser medio de percepción y cobro de tributos a los repartidos.

Así como hubo conquistadores y colonizadores desprovistos de humanismo, hubo también, como excepción, españoles cristianos comprometidos con su doctrina real que tuvieron plena conciencia de los terribles vejámenes que padecían los indios y la terrible carga que llevaban a cuesta sobre sus espaldas, no pudiendo ocultar su complicidad o al menos indiferencia viéndose obligados a denunciar estas calamidades sociales. El Arzobispo **Loayza** se quejaba de las odiosas tasas que se imponían por lo que pedía mayor moderación, sin embargo no dejaban de ser voces aisladas, más pudo la ambición patológica de sus congéneres.

Reproducimos un extracto de la opinión del Ilmo. Señor **Peña**, que consta en la obra *"El Indio en el Ecuador Independiente"* escrito por **Julio Tobar**, en su representación a la Audiencia conocida en la sesión del 7 de agosto de 1570:

"34. - Las tasas que se han hecho en los tributos han sido el remedio en parte para dar alivio en el desorden que se tenía llevando a esos indios los encomendados sus haciendas y servicios personales en diferentes modos llevándoles el tributo sin tasa y otros muchos mas de la tasa y otros con excesivas medidas de la ropa de los cuales ha habido y hay muchas quejas en vuestra Real Audiencia otros aunque mueren indios de su repartimiento y otros que se ausentan no descuentan la parte que les cabe a los dichos muertos y ausentes antes que den a sus encomendados en oro corriente de Quito que es diecinueve quilates e medio. Vuestra alteza manda restituir todos estos excesos a los indios poniendo remedio en lo de adelante..."

35. - Yten de cualquier manera que los indios salen de sus tierras siendo su ausencia distante de sus casas se les siguen muchos daños muriéndose en los caminos unos sin bautizo e sementeras por lo qual e por otros infinitos incon-

venientes vuestra alteza debe mandar que los tributos que pagan los dichos indios a sus encomenderos se los paguen en sus tierras el sacerdote cura de los yndios haga la quenta por parte de los indios para que no reciban agravio".

36. - Yten que el tributo que dan los indios a sus encomenderos sea uno y común de todos los yndios de todas las tierras que así lo tiene mandado vuestra alteza en la Nueva España atendiendo a que por ahora todo el tributo es personal por que el real que son otros pechos y alcabalas por ahora suspendido y este tributo lo han moderado que en la nueva España cada yndio paga en cada un año de tributo un peso de ocho reales y media anega de maíz y los yndios de aquel reino a su modo son más ricos y tienen más granjerías y aprovechamientos que los de estos reynos en los cuales bastaría que cada indio pagase el tributo de un año un peso y medio de plata corriente y que lo valga lo que hubiere de tributar y nos más por que los demás es exceso".

37. - "Ytem las tasas que de nuevo se hicieren para los tributos de estos naturales y encomenderos se tenga consideración que los yndios tributen de lo que tienen en sus tierras y comarcas por que esto es lo que conviene al bien e sustento de los indios y a la conservación de la tierra"

38. -Ytem –que los tributos de los indios no lo pueden comutar los encomenderos ni justicias de los pueblos de españoles porque todos son uno y de ello resultan agravados para los indios".

39. - Ytemn que las tasas se hagan como en la Nueva España dando los dos partes de los que se tasare al encomendero y que de la tercia y cuarta parte para que se saque la doctrina y se de a los caciques y principales e gente que gobierna el pueblo y en esta parte no tenga que ver el encomendero".

40. - Yten que los viudos solteros por casar de veinte años arriba ni paguen mas que la mitad del tributo y los viejos de grande edad y los mozos de hasta veinte años no tributen".

41 Yten que los indios que murieren o se ausentaren del pueblo por vuestra Real cédula de libertad no se cuenten en el número de los tributarios si no los que quedan paguen lo que les caben descontando los que faltan hasta por cantidad y no se apremie a los caciques paguen por los dichos muertos e absentes".

42. - "Ytem – que en el tributar los señores y principales y sus hijos sean libres pues son hijos algo a su modo y de jure gentium son exentos los tales entre todas las naciones".

43. - Yten se de la tasa a los doctrineros para que manifiesten a los indios lo que a cada uno cabe en la paga del tributo y les declare no estar obligados a mas aunque se les pida dar el cacique o encomendero no se lo debe dar por evitar los robos que los caciques en esto hacen a los pobres".

Las Leyes de Indias permitían los abusos y extorsiones sin límite en contra de los súbditos y vasallos en América, incluso se exigía los tributos a los que la ley prohibía, no podía ser más evidente lo que manifiesta el Obispo **Solórzano**:

"Que no se habían de exigir...las cuotas tributarias correspondientes a enfermos o ausentes; que las mujeres casadas no estaban obligadas a pagar el tributo de sus maridos, ni los hijos de los de sus padres, ni los padres los de sus hijos".

El tributo era obligación *"natural"* de pagar desde los 18 años hasta los 70, conforme disponía la ley 7ma. de la **Recopilación de Indias.**

La ley 8va. hace un alcance no solo por los indios puros, sino también por los hijos de negro e india, y por los que trabajaren en minas debían ser objeto de especial moderación, sobre todo si fueren forasteros.

Las leyes 15, 19 y 20 excepcionan el cobro del tributo a los miembros de las familias de los indios muertos o huidos, mientras que las indias estaban exentas de la tasa, así como los alcaldes.

Numerosas familias indígenas escogían el suicidio en vez de la lenta agonía en manos de los conquistadores y colonizadores. Las cifras del genocidio indígena son aterradoras, **Cook Borah** nos comparte los siguientes datos: En poco tiempo en la isla cubana medio millón de personas fue exterminada y sustituida por igual número de reses. Y continúan las cifras escalofriantes. En México la población de 16.871.404 redujo a 1.372.228 personas en 53 años. **Eduardo Galeano** concluye: *"de setenta millones o quizá más que existían en América antes que los conquistadores extranjeros aparecieran en el horizonte; un siglo y medio después se habían reducido en total a solo tres millones y medio".*

En otros casos la situación fue más dramática, los indígenas de República Dominicana se anticipaban al destino y mataban a sus hijos primero y luego se suicidaban en masa antes que ser capturados por los asesinos ibéricos. Se calcula que solo al inicio de la conquista se exterminó a más de 10.000.000 de indígenas, la cifra no puede ser más elocuente.

Sin embargo el arzobispo **Liñan**

y Cisneros negaba el aniquilamiento de los indios *"Es que se ocultan para no pagar tributos, abusando de la libertad de que no gozaban y que no tenían en la época de los incas"*. Lo anotado no puede ser más decidor desde la óptica tiránica y perversa de la iglesia expansionista.

Esta fue la razón para legislar sobre los muertos, que no eran precisamente muertos sino suicidios masivos de los indios que se producía ante los terribles maltratos y excesos que se cometían a diario constituyéndose las huidas o deserciones como única forma de liberarse del terrible yugo de la rapacidad con la que los conquistadores actuaban.

El tributo tenía carácter eminentemente personal, no real, es decir se calculaba en función de las personas, más no de las cosas o predios. Este carácter personal traía odiosas consecuencias así se expresa el Obispo **Alonso de la Peña y Montenegro** en su célebre ***"Itinerario para párrocos":***

" El tributo que pagan los indios a su Majestad, y a sus encomenderos es personal: pues todos le pagan igualmente, y no a las haciendas, porque todos están baldados de ellas, como pobres y miserables que son; y tan pobres, y de tan poca industria y negociación, y aun labranza y crianza, que ha tener de ella noticia la piedad de nuestro Rey Señor, les indultarán para que no le pagasen tributo, o les moderará: porque los más pagan en cada un año cada vez más de lo que vale todo lo que tienen y poseen, aunque entren en esta cuenta los vestidos con los que se cubren".

El mismo obispo no puede ocultar su indignación ante estos sadismos intolerables cometidos por los encomenderos al anotar más adelante:

" ...Pecan mortalmente los encomenderos que a título de tributo ocupan a los indios gran parte del año en sementeras, obrajes, minas y otras ocupaciones semejantes, lo cual se prueba, porque es contra toda razón quitar a gente libre el uso libre de personas y bienes obligándose a que trabajen para los amos, como si fueran esclavos. con violencia y tiranía; y no sé yo como podrán librar de la excomunión de la Bula en Coena Domini... contra los Señores que a los vasallos los agravan y molestan con nuevas exacciones. que exceden los límites de la razón..."

Ante espeluznantes denuncias hechas a la corona, la *Cédula Real* reforma la **ley de indias**, ahora la edad exigible de impuestos de 18 años pasaba a 20 y de 70 reducía a 60 años para tributar.

La matrícula de los indios

La audacia de los encomenderos españoles llegó al extremo de tener numerados y matriculados a los indios como bestia de carga o una herramienta cualquiera. Cada indio tenía su identificación en un cuaderno que llevaban los jueces parroquiales o el cura en el que constaba su nombre, su domicilio, edad, la carga familiar, la hacienda para la que trabajaba y el nombre del hacendado. La matrícula desde la perspectiva española tenía su razón de ser, al ser numerosa la cantidad de indios había que dividir a grupos de indígenas para las diferentes tareas que debían ejecutarlos en más mitas, lavado de oro, obrajes, haciendas, etc. Era útil conocer el número de indios para calcular el monto de dinero que generaría a través de los tributos, así como para vender los predios se justificaba con su título de propiedad, en este caso con la matrícula se transfería también a los indios como cualquier mercancía que estaba dentro del comercio lícito. Recordemos que hasta mediados del siglo XIX todavía aparecía en la prensa escrita del país publicaciones con el siguiente texto: *"Vendo hacienda ubicada en... de tantas hectáreas, con x cabezas de ganado y tantos indios..."* ¿? El texto exime de cualquier comentario.

Los abusos que se cometían eran a diario e inmisericordes como relata **Eugenio Espejo**:
"Allí los crecidos y numerosos repartimientos de ropas de Castilla, de mulas de efectos inútiles a su servicio, con cortísimos plazos de tiempo. Allí el cobrar dos o tres veces a los indios. Allí el exigir el tributo de indios cojos, mancos y estropeados, reservados por estas lesiones enormes o por motivo de hacer pasado la edad de tributar. Allí extorser (sin) el dinero de los jovencitos aun no han tocado la raya de los años designados por la Ley para dicha paga... Allí el requerido, y el sacarlo de las viudas, cuyos maridos murieron debiendo uno o dos tercios... Allí el hacer trabajar a los indios sus hilados y otras cosas, más, sin pagarles el premio correspondiente... Con estas vejaciones, pues, se arruinan los indios, y se escapan así vejados y arruinados a los montes, donde habitan sólo los bárbaros gentiles". Las expresiones del insigne médico indígena no requieren comentarios de la desgracia social en la que sobrevivían nuestros hermanos indios.

Estos genocidios y etnocidios produjeron una reducción en los tributos, lo que generó problemas económicos a la administración española, entonces hubo que

idearse otros mecanismos, se recurrió a nuevos arbitrios contrarios a ley, nos referimos de manera especial, *al arrendamiento del tributo*, causa de innegables extorsiones a la infelicidad indígena, y la conquista seguía interminable.

Iglesia: cómplice o coautora

La iglesia pretendía catequizar a los indios y en lugares muy lejanos era imposible cumplir su cometido. Con el fin de emprender en la conquista ideológica hacia la cristiandad a los indios se les obligó a realizar 4 fiestas o ceremonias religiosas por año: El Santísimo Sacramento, de la Virgen, del Santo titular de la comunidad y de las almas.

Celebraciones que podían realizar únicamente los indios sueltos, es decir aquellos que no tenían dependencia en obrajes, haciendas, etc., estos indios al no depender laboralmente y poseer una parcela en los arrabales se encontraban *"libres"* de la dependencia española.

En este proceso de adoctrinamiento por la iglesia católica a través de la corona española dio instrucciones precisas a sus encomenderos, seglares, religiosos que venían en su representación, había que eliminar, destruir toda manifestación religiosa de los indios, el objetivo era precisamente la conversión de todos los indios al catolicismo.

El **Papa Alejandro VI** en la tercera bula *"Inter Cetera"* del 4 de mayo de 1493 anota *"... se procure la salvación de las almas, y las bárbaras naciones sean deprimidas y reducidas a esa misma fe"*

Con semejante legitimación dada por la iglesia a la corona, ya no había restricción alguna para destruir los lugares sagrados de los indios y levantar templos, iglesias, capillas y sustituir el culto al sol, luna, cerros, lagunas, y más elementos de la madre Gea por la santísima trinidad, santos, vírgenes, almas, ángeles, arcángeles, serafines, querubines y más seres abstractos inventados caprichosamente por la jerarquía católica ajenos al mundo indígena; hay de aquel que se opusiera a los absurdas inventos mentales, terminaba en la horca, y como vinieron en nombre de Dios, se legitimó los horrendos genocidios en América.

La conquista española nos trajo una iglesia que no tuvo carácter humanitaria sino totalitaria, abusiva; conquistadora, expansionista y asesina, nos bautizaban convirtiéndonos en cristianos para luego enviarnos a realizar servicios forzosos y gratuitos o sino las hogueras estaban listas al rojo

vivo, o la horca y con tizonas condenaban al infierno.

No podía expresarse más lúcidamente el obispo defensor de los indios de América **Fray Bartolomé De Las Casas** al sentenciar: "*los indios prefieren ir al infierno para no encontrase con los cristianos*".

Deidades híbridas

Ahora hay algunos hechos muy singulares en este proceso de conquista ideológica que los conquistadores se dieron formas para encontrar elementos híbridos de culto religioso y que merece revisar brevemente.

Los pueblos indios adoraban a seres concretos, benéficos, que les permitían un bien vivir, un bienestar y un bien actuar, amantes de la naturaleza por antonomasia, ecologistas por naturaleza, creían en el Sol por un elemental sentido común que nos brinda la vida, calor, luz, energía; la Luna, que astrológicamente influye enormemente en la vida de los pueblos con las mareas, el tiempo, el calendario, aprovechados desde antes hasta ahora por los indígenas y campesinos para la siembra, el aparcamiento y la cosecha, para su viajes, la construcción, etc. Saben que en Luna tierna no se debe sembrar, tampoco anidar a las aves, ni trasquilar la lana de sus ovejas, tampoco cosechar los árboles, etc. Todo esto en función del calendario lunar que fue y es determinante para regularla vida de los pueblos. Entonces había una razón completamente explicable para su respeto, adoración y veneración, igual que las lagunas, los ríos, las montañas, incluso aves y animales como el guacamayo, la serpiente, el puma, el águila entre otros animales y aves, dependiendo de las culturas andinas, mayas o aztecas. Sin embargo, de un momento a otro con la conquista, a fuego y sangre se impone otras deidades, eliminando materialmente el culto originario, su adoración, lo menos que pudieron hacer nuestros mayores indígena es huir de sus tierras, sus casas, su comunidad hacia la montaña, llevando consigo todo el conocimiento y sabiduría de sus mayores para en la selva continuar su culto a sus dioses originarios y en momentos que no estaban vigilados por los españoles, ya sea a la madrugada, a la media noche volvían a sus lugares sagrados para continuar con sus prácticas espirituales, que hasta hoy practican los pueblos originarios gracias a la trasmisión genéticas de nuestros mayores que recorren por nuestros cromosomas. Por más que los conquistadores borraban, destruían lo que quedaba en los santuarios de altura

y más lugares sagrados; la adoración de poblaciones indígenas fueron interminables. Viéndose casi vencidos los misioneros de la iglesia católica, acertaron un último mecanismo que les dio resultado al colocar deidades cristianas fundamentalmente la cruz (símbolo que no es propiamente del cristianismos sino antes los persas, asirios, celtas, griegos entre otros pueblos precristianos utilizaron como un talismán para sanaciones y defensa de males y desgracias) y de esta manera atenuar la creencia originaria, para más tarde conciliar con el nuevo símbolo de la cristiandad, ello evidencia como hasta nuestros días encontramos en todos los pueblos y comunidades colocadas las "*cruces misioneras*" como improntas de procesos de evangelización española en puntos estratégicos considerados por los pueblos indígenas como lomas, mesetas, lagunas, montañas y otros puntos de mayor concentración entre una y otra comunidad.

Situación similar ocurrió con el culto al Sol (otro ícono adorado por muchos pueblos de la antigüedad) venerado por los pueblos indígenas, que no pudo ser eliminado totalmente por la iglesia expansionista, debiendo incrustar en el centro del "*santísimo*" el dios Sol para la adoración de fieles católicos y poblaciones indígenas en tiempos del "*santo jubileo*". que sale en procesión y es exhibido a todos los feligreses por una sola vez al año.

En el mismo sentido podemos apreciar en determinadas bultos de imágenes de las vírgenes que levantan sus pies sobre una media luna, que concluyen en un sincretismo de las religiones originaria y católica-cristiana.

Finalmente en cuanto a las ceremonias solo para citar a manera de ejemplo, pese a que la lista puede ser larga, lo más evidente es la utilización del agua para los bautismos y bendiciones, el fuego con incienso para las velaciones, la metáfora del hombre salido y vuelto a la tierra, convertido en polvo (tierra) –resurrección- y finalmente el soplo divino que dio vida al hombre sobre la tierra, soplo que no es otra cosa que el aire: Recordemos que los pueblos originarios tienen como principio de toda la existencia 4 elementos básicos: tierra, agua, fuego y aire que configuran la visión cósmica indígena, sintetizado en lo que afirmaban los **Hayamautas** "*Todo esta presente*" en el cosmos no existe accidentes sino causas; tesis anterior al cristianismo y que reafirmaba con la originaria cruz andina o del sur, observada en el "cielo", estructurada y escalonada

en cuatro lados iguales, más las cuatro fuerzas del mundo indígena: ***Pachacamac, Chama, Chamaka y Pachamama*** que hoy coincide el mundo científico con las cuatro fuerzas básicas del universo: Fuerza Radioactiva Fuerte, Fuerza Radioactiva Débil, Fuerza Electromagnética y Fuerza de la Gravedad.

El Resguardo colonial

El resguardo es una institución jurídica conocida actualmente como la comuna. La comuna constituye un rasgo característico originario de la forma colectiva que poseían las tierras y producían en comunidad los pueblos indígenas a través de la minga milenaria en los pueblos andinos y el tequio entre los aztecas, cultivaban y cosechaban para luego redistribuir entre sus integrantes. Por lo tanto el resguardo fue apenas un cambio de nombre, en esencia continúa siendo una institución indígena con las mismas características precoloniales.

Las tierras que constituían el resguardo casi fueron eliminadas durante la colonia por las razones ya señaladas anteriormente, no era concebible desde la visión conquistadora mantener tierras reservadas para los indígenas que trabajasen en forma autónoma o independiente de la corona española o sus encomenderos y con el agravante que no pagan tributos, entonces lo menos que podía hacerse era eliminarse, desalojando de estos predios generalmente por la vía de la invasión. Invasión que fue violenta, la resistencia indígena sucumbió ante los usurpadores por estar menos preparados para la guerra, no contaban con armas superiores, sumado la división interna del **Tawantinsuyo**: **Atahualpa** versus **Huáscar**, más el apetito de voracidad española en apropiarse suelos fértiles muy bien cultivados por los originarios, terminó imponiendo su voluntad a fuego y sangre, asesinando a los hombres, luego de horrendas torturas, posibles solo en mentes desquiciadas y patológicas provocaban su muerte al cortar la lengua, sus testículos, introducir tizones incandescentes en sus ojos y otras formas terribles como escarmiento para que otros pueblos decidan: hacer resistencia o correr la misma suerte, prendieron fuego sus chozas y finalmente se apoderaron de todas sus pertenencias incluidas las mujeres jóvenes para poseerlas de facto y saciar sus bajos instintos sexuales.

Ante estas formas abominables de infinita bestialidad humana cometidas por seres de la misma

especie *"humana"*, los comuneros indios tuvieron que huir a recónditos lugares y asentarse con sus familias en forma clandestina, establecidos ahí empezar a cultivar y rehacer su vida en plena montaña, lugares inhóspitos, empero su porfía de supervivencia pudo más que las inclemencias de la naturaleza.

En la actualidad las tierras de las comunas indígenas son cuantitativamente ínfimas y cualitativamente estériles, ya no constituyen montañas vírgenes, sino chaparros, pajonales que sirven para pastoreo y otro porcentaje de tierra se destina para agricultura de autoconsumo como se puede evidenciar en la mayoría de las 730 comunas que registra el Ministerio de Agricultura y Ganadería en el Ecuador.

Los pocos resguardos que se mantuvieron fueron reconocidos por los encomenderos designados por el rey de España en tierras de América y fueron sometidos al pago de los asquerosos tributos y con este gravamen sobre las tierras comunales se persiguió a los indios y para rematar se dictó la pena de prisión por deudas para quienes no pagan a tiempo los impuestos y solo por acción de fuerza y lucha social fue eliminándose paulatinamente y a regañadientes de los encomenderos.

Los Indios con nuevos patronos

Las guerras libertarias de los pueblos andinos, comandados por españoles residentes en tierras americanas e hijos de españoles nacidos en la periferia calificados como criollos, así como hijos de padre español y madre indígena, denominados *"mestizos"* en contra de fuerzas reales españolas culminaron con el triunfo político de los *"patriotas"* y según sus promesas automáticamente se abolía toda forma de explotación a los indios, esto es el concertaje, la encomienda, los tributos, las servidumbres y más formas de sometimiento social.

Las ideas libertarias de los *"patriotas"* fueron nutridas por una corriente del pensamiento político de los enciclopedistas: **Rosseau, Voltaire, Montesquieu**, entre otros, que alimentó a la concreción de la Revolución Francesa en Europa, mientras que atizaba la liberación americana del yugo español.

En efecto el nuevo gobierno americano formado por la Gran Colombia al estrenar El Congreso de la Gran Colombia expide una de las primeras leyes el 4 de octubre de 1821 y sancionada el 11 del mismo mes y año por el vicepresidente **Francisco de Paula Santander** comenzó la

legislación de los indígenas disponiendo entre las normas más importantes:

El Art. 1 establecía que los indígenas considerados en las leyes españolas como indios *"no pagarían impuestos en lo venidero el impuesto conocido con el degradante nombre de tributo, ni podrán ser destinados a servicio alguno por ninguna clase de personas sin pagarles el correspondiente salario, que antes estipulen"*

El Art. 2 hacía referencia a la exención por cinco años de pagar derechos parroquiales y cualquier otra contribución civil con respecto a los resguardos y demás bienes que poseía en comunidad. Además quedaban exonerados de impuestos los propietarios cuyos bienes no llegaban a cien pesos.

Los indígenas debían poseer los resguardos, siempre y cuando tengan en colectivo; en donde haya predios sobrantes, debían arrendarse para atender a la dotación de la escuela de primeras letras y al expendio de los curas.

Los Art. 3 y 4 establecían a cada familia se asignaría una parte de tierras, según el número de miembros que la compusieran y la extensión del resguardo.

El Art. 5 garantizaba a los naturales los resguardos que hasta entonces venían poseyendo; y aquellos predios sobrantes facultaban para arrendarse y así destinar a la dotación de la escuela de primeras letras y al estipendio de los curas.

Por su parte el Art. 6 y 7 disponían que el estipendio y la oblata que se abonaban a los curas párrocos, se pagarían en adelante con los novenos de los diezmos de las parroquias donde viven los indígenas y, subsidiariamente, con el sobrante de los arrendamientos de resguardos, satisfechos que fueron los gastos de la escuela de primeras letras. En último caso, se debían cubrir con el repartimiento del déficit entre los indígenas cabezas de familia, repartimiento que tocaba hacer al juez de la parroquia, asociado de dos vecinos, con aprobación del juez del cantón.

El Art. 8 se refería a la facultad que tenían los protectores de indios que ejercían su ministerio y las acciones colectivas que les correspondía, sin embargo algunas acciones individuales se les facultaba a cada indígena para que los inicie de ser necesario y se concedía el derecho de amparo de pobreza para los indigentes.

El Art. 9 regulaba el establecimiento de los cabildos concedidos por las leyes, con sujeción a los jueces parroquiales con funciones exclusivamente administrativas. Funciones que se prolongaban siempre y cuando los

resguardos no se repartían en propiedades individuales o familiares.

Finalmente esta novísima ley permitía el establecimiento de otros ciudadanos que no sean indígenas en parroquias de mayoría indígena para que ocupen solares de tierras previo el pago de un canon arrendaticio y sin perjudicar los pastos y sementeras cultivados por indígenas.

Como la nueva administración estuvo iniciando tuvo que realizar la expedición de varias leyes, así otra ley del 11 de octubre, sancionada el 13 del mismo mes y año, prohibió la venta de tierras baldías, de las comunidades indígenas, incluido los pastos y ejidos de villas y ciudades, para lo cual había que seguir observando las leyes existentes.

En cuanto al impuesto conocido como *"diezmos"* el Congreso dejó en suspenso disponiendo que mientras no se celebrase un convenio con la Santa Sede se continuarán observando las leyes que rigen este *"grave negocio"*.

Como se puede observar el Congreso en su estreno tuvo la intención de mejorar la situación legal de los indígenas, al pretender abolir el tributo, regular de mejor manera los resguardos y algunas consideraciones que aliviaban el enorme peso que los indios llevaban sobre sus espaladas. Sin embargo toda esta legislación no dejó de ser un buen intento, como se puede colegir la nueva legislación con la república *"independiente"* dejó intactas otras instituciones tan repugnantes como a la encomienda, el concertaje y más formas inhumanas de explotación al indio.

Reformas a leyes sobre indígenas

La situación del indio no mejoraba y sus clamores continuaban lo que provocó reformas y expediciones de nuevas leyes, destacando entre otras:

Redujo la edad de contribución hasta los cincuenta años y desde los dieciocho años y la contribución se fija en tres pesos con cuatro reales al año para todos, con excepción de los indios lisiados y enfermos. La contribución debía pagarse en dos fechas, la primera hasta el treinta de julio y la segunda hasta el treinta y uno de diciembre de cada año respectivamente.

Para tener una recaudación efectiva las autoridades parroquiales conformadas por el alcalde y el cura párroco formaban los padrones generales de todos los indios con los datos de nombres y apellidos del indio contribuyente, edad, parroquia, domicilio, hacienda a la que pertenece y la

cantidad, la numeración y matricula de indios seguía intacta. El tributo llevaba consigo algunas excepciones como las de servicio en el ejército, el pago de derechos parroquiales y la alcabala de los artículos que produjeron. Además los indios tenían derecho al amparo de pobreza y se prohibía los servicios gratuitos.

Bolívar cede presiones de gamonales

Estas tibias reformas aunque relativamente importantes para la época no fue cumplida y peor aplicada debido a la beligerante protesta hecha por los nuevos patronos de los indios tal como se evidencia en una carta suscrita por **Simón Bolívar** el 8 de octubre de 1826, en la que el descontento era evidente contra las leyes dictadas por el congreso Gran Colombiano. Carta elaborada en Ibarra por el libertador entre otras cosas anota: *"El Sur de Colombia me ha recibido con ostentación y con jubilo, pero son arengas son llantos, sus palabras suspiros; todos se quejan de todo... me aseguran estos habitantes que la contribución directa los arruina, porque no es general, sino parcial; y porque los Indios ya no trabajan no teniendo contribución que pagar..."*

Del texto se extrae una frustración por parte de **Bolívar** y que si bien tuvo una sana intención y coraje de luchar contra la corona española por los abusos cometidos contra la población de América y del indio en particular. Sin embargo más pudo el clamor de la nueva clase dominante, los nuevos patrones, hacendados, latifundistas, encomenderos, que veían una amenaza para su economía el hecho que los indios no tributen, no trabajen para sus haciendas, se dediquen al alcoholismo y que en definitiva pierdan el control o dominio de esta clase históricamente oprimida.

Las presiones e influencias de la nueva clase dominante hicieron frágil la infranqueable energía del libertador, quien terminó dictando nuevas normas para complacer a los nuevos patronos. Así a pretexto del establecimiento de escuelas se despojó de los resguardos a los indios, se redujo la extensión de tierras a las poblaciones indígenas, quedando así intactos los problemas de los resguardos, las encomiendas y se agudizó las nuevas formas precarias de tenencia de la tierra y de trabajo indígena. Se cumplieron los cinco años de plazo que tenían los indígenas para no pagar impuestos parroquiales y contribución civil. En definitiva la historia del indio volvía a

repetir, resultando un chuchaqui igual o peor que la borrachera que infundió la iglesia para legitimar la conquista y colonización, no pudiendo haber mejor expresión escrita en las paredes de Quito por este motivo, que en letras llenas de desengaño aparecieron por doquier con el siguiente texto *"último día de despotismo y primero de lo mismo"*.

En palabras parecidas el historiador colombiano **Luciano Herrera** anota: *"Al advenimiento de la emancipación los llamados resguardos corrieron varias suerte en algunas naciones se conservo la institución perfeccionándola con nuevas disposiciones adaptadas a los tiempos y a las circunstancias en otra fue olvidada, no abolida, considerándola como error colonial que establecía con la diferencia de clases la diferencia en las leyes sobre el derecho de propiedad, respecto de individuos libre e iguales en el derecho, como se decía campanuda e inocentemente. Se creyó que la independencia había igualado de hecho la personal condición de los hombres, y esos terrenos de resguardos, que eran una especie de vinculación especial de la propiedad, fueron declarados enajenables. La catástrofe no se hizo esperar: El indio imprevisor vendió sus resguardos al mestizo codicioso y se hizo esclavo de este o volvió miserable y embrutecido a las selvas de donde había sido sacado por España"*

Tutores de indios

Los indios estuvieron incrustados en la categoría de los miserables, teniendo únicamente deberes más no derechos, por ello había que buscar representantes, tutores o protectores para que en casos de litigios, ofensas, agresiones puedan ejercer sus derechos a través de estos patrocinadores que más tarde constituyeron los defensores públicos e incluso en la actualidad el defensor del pueblo. Los Protectores de los naturales no fue una institución que se creó con la independencia de los conquistadores españoles sino que es la continuidad de lo que institucionalmente se conocía en Aragón como *"el padre de los huérfanos"* y en Castilla como el *"padre de menores"*.

El amparo de pobreza, es decir la justicia gratuita para los miserables constó ya en la **Recopilación de las Indias** en 1551, en las que disponía atender los pleitos de los pobres. Dos días por semana se debían ver los casos entre indios y de estos con los blancos. El proceso tenía que ser sumario según la ley 83; si fueren condenados al pago de alguna

deuda podía apelar a la llamada segunda suplicación para no cancelar lo que en sentencia debía pagar. Y en lugar de la fianza, sin la cual iban a la cárcel podía acudir a la caución juratoria.
Aparentemente está legislación favorable a los indígenas quedó en el papel por que protectores, corregidores y encomenderos hacían caso omiso a la disposición cumpliendo fielmente la célebre frase *"La Ley se obedece pero no se cumple"*.

La institución de protectores o tutores de indios tuvieron sus cambios permanentes así inicialmente los protectores eran los obispos, luego se cambio protectores eclesiásticos –curas- y de estos últimos a protectores legos. **Constantino Bayle** en su obra el ***"protector de indios"*** nos clarifica al respecto *" el protector local tenía el recurso abierto al protector del distrito, y este al de la audiencia y este al Consejo de Indias y en sentido inverso iban las admoniciones, desde la Corte, donde el aire estaba más limpio de intereses hasta los villorrios, donde el protector escudado en su aislamiento y distancia, fácilmente cerraba los ojos para no ver la trapisondas de encomenderos y caciques, y entrar a la parte de los provechosos estrujados a los indígenas"*. Esta institución de los protectores de indios no solo que sufrió cambios sino además tuvo altibajos y suspensiones del ejercicio debido a los constantes abusos ejercidos por los mismos en contra de los naturales, el conflicto era extremo entre el derecho indio y el interés del protector. El Rey **Felipe Segundo** el 31 de diciembre de 1588 se dirigía a la audiencia en los siguientes términos *"Por que habiendo entendido que de haberse quitado los protectores que solían haber en esas provincias, se han seguido y siguen muchos y muy grandes inconvenientes en daño de los dichos indios, así por pleitos y deferencias, con que se desasosiegan saliendo en seguimiento a ellos de sus tierras a otra de diferente temples donde mueren muchos... me he resuelto en que vuelva a haber dichos protectores..."*

La Ley distingue entre protectores generales y particulares. Los primeros eran fiscales de las cortes que representaban al gobierno cuando consideraban útil a los indios; mientras que los protectores particulares ejercían los agentes fiscales, provinciales, teniendo facultades para defender a los indios, sus predios y promover el establecimiento de escuelas, en conclusión los

protectores fueron a manera de abogado de los indios.

La institución de los protectores de naturales institucionalizada en la colonia no fue ni tibiamente reformada y su ejercicio salvo uno que otro caso cumplir su mandato y en la generalidad no fue sino otra instancia para extorsionar al indio y expoliar su economía de por sí precaria y insalvable.

Julio Tobar Donoso viendo la desgracia de los legisladores de las nacientes repúblicas de la Gran Colombia nos comparte lo siguiente: *"La insipiente sabiduría de los legisladores patriotas no estaba preparada para dar con ella. La Conservación de los protectores solo demuestra incapacidad o inercia de los nobles estadistas en la solución de los problemas que recibían del período hispánico"*. Las expresiones del autor demuestran que la ley de 1821 del gobierno republicano *"independiente"* no cambió absolutamente en nada la estructura agraria, mantuvo las mismas instituciones y al primer intento de modificar alguna ley a favor de los indígenas, las presiones de la clase aristocrática y terrateniente reaccionaron y frenó toda posibilidad de cambio.

El indígena durante la independencia del Ecuador

En el período floreano no hubo mayor producción legislativa entorno al indio, la ineptitud de los legisladores y ante todo la falta de compromiso social con los indígenas llevó a una total inercia en la producción legislativa. En la carta política de 1830 dentro del capitulo de los derechos civiles y garantías hay una escueta disposición que establecía: *"este congreso Constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de está clase inocente abyegta y miserable"*.

Como anotamos no se podía esperara mayor legislación en beneficio del sector indígena puesto que la Asamblea constituyente de 1830 estuvo conformada por la crema y nata de una aristocracia reaccionaria e incompetente por un lado y una naciente burguesía por otro, que a lo mucho confiaron en los curas párrocos *"delegados de Cristo"* para la defensa de la clase *"miserable"*, al carecer de instituciones jurídicas y legales efectivas se tuvo que recurrir a los postulados religiosos a fin de que la iglesia de protección social al indio explotado.

En el gobierno de **Juan José Flores,** el general **José María Sáenz,** prefecto del Departamento del Ecuador puso una circular disponiendo la exención del pago de tributos a los indios pero solamente para aquellos que servían como postas (guías) en la administración de correos. Está resolución se adoptó motivado por la indigencia en la que se encontraba a los indios conductores de correo, pues su miserable salario que ganaban por ocuparse tiempo completo les era imposible reunir para cumplir con la obligación del tributo.

Era común encontrar muchos de los conciertos abandonados puesto que en las capitales de provincia, pues los indios huían a las capitales de provincia, a nuevos lugares de climas calientes; para contrarrestar estas huidas masivas el gobierno de Flores dispuso:

1. - Que los indígenas están obligados a cumplir con las caridades del concierto sin serles permitido quebrantar el contrato a pretexto de conseguir el alcance que contra ellos resulte;

2. - Que la cuenta debe pedirse por los protectores al fin del año o en los tiempos que no puedan perjudicar las labores más esenciales de las haciendas.

3. - Que los ajustamientos de cuentas se hiciesen en los mismos predios en que servían.

El gobierno floreano al haber encargado la tutoría de los indios en manos de los curas, éstos inescrupulosamente continuaban con los abusos a la clase indígena, por ello el ejecutivo dicta una nueva ley el 5 de septiembre de 1833 que entre otras disposiciones señalaba:

Artículo uno. El impuesto o tributo personal continuaba con el aditamento de la inembargabilidad de los instrumentos de labranza y animales de carga.

El Artículo dos, eliminaba la prisión de la mujer e hijos del contribuyente.

El Artículo tres, dispone la intrasmisibilidad a los descendientes de las deudas de los indios cuando el indio carecía de suficientes bienes.

El Artículo cinco, abolía el castigo por azotes.

El Artículo seis, atenuaba la prisión por deudas.

El Artículo nueve, prohibía la venta forzosa por precios irrisorios de bienes de propiedad del indí-gena.

El Artículo once, concedía acción popular a denunciar los abusos que se cometían en contra de los indios y se imponía multas que van desde 25 a 50 pesos por esta infracción.

El Artículo doce, obliga a los curas difundir en quichua la presente ley.

Esta ley tuvo mucha expectativa por sus bondades a favor de la clase indígena, sin embargo la

misma nació muerta por su falta de cumplimiento, era de suponer contrariaba los intereses de la clase terrateniente.

El "estadista" Rocafuerte jamás entendió al indio

Con la ascensión al mando de la república ecuatoriana por **Vicente Rocafuerte** se pensó en una reforma de la estructura agraria en el Ecuador, creó enorme expectativa en el pueblo indígena, pero otra vez se ahogó el proyecto social a la infancia misma de su gobierno. La frustración se videncia en su discurso de 1839: *"Mi corazón se encoge de dolor al tratar de la contribución personal de los indígenas, que yo desearía ver abolida; pero desgraciadamente no lo permiten nuestras tristes circunstancias. La justicia exige al gobierno la más solícita protección a favor de esta clase de ecuatorianos, que es la más numerosa, la más trabajadora y la más útil a la sociedad. El medio más eficaz de aliviar su suerte, es el de hacer servir parte de su misma contribución en instruirlos para mejorar su posibilidad productiva, en extender a sus pueblos los beneficios de la enseñanza mutua, y liberarlos del pupilaje en que viven de los Curas y de los jueces. Como es difícil impedir que los Curas dejen de cobrar derechos a los indígenas, es preciso tomar medidas de suspenderles el estipendio, y de conservarlo a los Curas de montaña".*

El primer presidente nacional pretendió regular mejor el tributo, al no conseguir eliminó para los indios de la provincia del Guayas, pero en el resto del país siguieron los abusos, lo correcto hubiese sido la eliminación total y en toda la nación de este asqueroso tributo a los indígenas que tantos males causó a la clase desposeída y explotada.

Talvez la única ley que benefició a los indios fue la eliminación parcial del trabajo forzado. La disposición de 1837 eliminaba el trabajo forzado en labores particulares, es decir en predios privados de terratenientes, curas, jueces y otros mandamás, subsistiendo únicamente para trabajos en bienes públicos como caminos, plazas, puentes, casas de gobierno, etc.

Otra vez la historia se repite, otra vez esta ley cayó en saco roto así nos cuenta **Julio Tobar Donoso** *"La falta de caminos hacía imposible la vigilancia sobre autoridades subalternas, las cuales se entregaban tranquilas a la explotación de los desdichados. La justicia se ejercía únicamente en las ciudades: en los campos dominaba victoriosa la ley del más fuerte".*

Más adelante **Rocafuerte** ya no en calidad de presidente de la república, sino en 1845 como presidente del Senado, el expresidente termina sin pena ni gloria su labor de *"estadista"* con una posición tan cómoda, conformista, reaccionaria, prejuiciada y discriminatoria al expresar una frase que muestra al descubierto su real ser y pensar, constituyendo uno más de verdugos de la clase que decía sentir encogido su corazón por el dolor del indio ecuatoriano; sin embargo cuando tuvo la oportunidad de legislar a favor de la clase abyecta, más cuando estuvo presidiendo el senado no solo que mostró su total indiferencia sino exprofesamente, previa meditación concluye que la situación indígena no es problema de leyes sino del atraso de los indios retrógrados.

"Desde los primeros días de instalada la H. Cámara uno de los objetos que ha llenado su atención ha sido el de buscar medios eficaces para mejorar la suerte de los indígenas corrigiendo sus costumbres e impidiendo que se abuse de sus sencillez, para mantenerlos en la ignorancia, en la ociosidad y en la miseria, con perjuicio de la moral y la riqueza pública. Pero después de meditarla suficientemente... el congreso se ha convencido de que la situación estacionaria y tal vez retrógrada de los indígenas, tiene su origen en la falta de cumplimiento de las leyes vigentes; y no en la incuria del poder Legislativo; pues nuestros códigos desde el de las Indias encierran instituciones benéficas a las que el presente Congreso no encuentra por ahora nada que añadir...".

Los prisioneros sin comida en la cárcel

En la administración de **Vicente Ramón Roca** se realizó una estadística de la contribución indígena vía impuestos al fisco, según fuentes del Ministerio de Hacienda el año 1840 se recaudó 176.845 pesos, en 1841, 182.915 y en 1842, 164.560 pesos. Sin embargo la ambición no tuvo límites, no contentos con este impuesto a los indios se buscó otros mecanismos de conseguir que estos impuestos sean pagados con anticipación, así en 1847 se resolvió anticipar la cobranza de estas contribuciones de indios puesto que el congreso de la nación había facultado percibir con antelación los impuestos de los conciertos. Este mecanismo posibilitaba tener más recursos con menor esfuerzo posible, los dineros se recaudaban por adelantado y los funcionarios –jefes políticos- que ayudaban su recaudación, todo esto con el aval

del presidente de la nación de entonces **Vicente Ramón Roca** que entre otras cosas decía: *"El más natural y adoptado sin resistencia desde años atrás, el de anticipar la exacción de aquel impuesto, que produce en el interior más que cualquiera de los demás"*

Generosas han sido las apreciaciones hechas al presidente **Roca,** calificado por la clase enquistada en el poder como *"estadista"*. El mandatario revivió la prisión por deudas en la que se hacía extensivo en todos los contratos, hecho que fue denunciado por **Francisco de Icaza,** Gobernador de Guayaquil, quién denunciaba la carencia de alimentos para los presidiarios que se encontraban en la cárcel en su mayoría por ser indígenas pobres que no habían podido pagar la contribución personal. En efecto el Concejo de Guayaquil resolvió pasar alimentos a los carcelarios ante el languidizamiento de los indios que no tenían que comer, así se desprende de un oficio fechado el 9 de febrero de 1846 emitido por el Concejo de Guayaquil que decía *"uno o muchos fuesen arrestados por sumas tan exiguas, que su valor excediere el de los alimentos en uno o dos meses...; y más valía que los fondos municipales pagasen por ello que sostenerlos por un termino dilatado"*. Si esto sucedía en Guayaquil que podíamos esperar en la serranía donde el seçtor indígena fue mayor y su desgracia económica peor.

Talvez lo rescatable de la administración de **Roca** fue la eliminación de la obligación indígena de pagar un impuesto por conducir a las acémilas que llevaban artículos de comercio y que pastaban en el trayecto en sitios públicos que fue muy común encontrar sobre todo en días feriados y que provocaba una serie de desmanes por los jefes políticos.

La miseria de los indios era tal que no les quedaba más que huir a lugares selváticos a fin de no ser conducidos a los calabozos por no tener dinero con que pagar los impuestos, otros se refugiaban en las haciendas, para en calidad de arrimados eludir la contribución personal. Sin embargo tan pronto el gobierno se dio cuenta por denuncias formuladas por curas, jueces y los propios terratenientes se dictó la siguiente circular emitida por el ministerio de hacienda:

Primero que los jefes políticos practiquen las liquidaciones con los propietarios o poseedores de fundos con vista de los libros originales de rayas, sin convenirse

con simples planillas; dos que a los que corren con los predios rústicos les exigían al pasar las cuentas la razón de no existir en ello más indígenas sueltos o extraños que los que aparecen en dichos libros; tres que si a pesar de esta exposición se descubre los contrario, se introduzcan en los fundos con fuerza armada, saque a los indígenas ocultos y los estrechen a satisfacción de todo lo que deben multando además a las personas que cooperen en este fraude con tres pesos por cada indígena que han ocultado, lo cual se anotaran necesariamente en los padrones de cobranza, para que la cantidad que colecten por este título figure en las cuentas de esta partida de cargo; cuatro que si estas medidas no fuesen eficaces para el efecto que se propone el gobierno después de ser ejecutadas con sagacidad e entereza se indiquen otras que se crean más fructosas".

La audacia del gobierno por recaudar este perverso impuesto personal no quedó ahí, llegó al extremo de autorizar al Ministerio de Hacienda el dar en arrendamiento la contribución personal por un tiempo de dos años a partir de 1848 sobre la base de la mayor suma que en el último trienio hubiese producido el gravamen.

En este mismo afán desmedido y prácticamente como despedida el presidente **Roca** dejó como "*herencia*" la ley relativa a los juicios de jurisdicción coactiva con lo que encadenaba más al indio ecuatoriano. Estas coactivas no tenían otro propósito que cobrar la contribución personal a los indios, así como el de los diezmos a través del embargo de sus bienes y si no arreglaba dentro de tres días, ya sea mediante el pago o fiador solvente que garantizaba el pago venía la sanción enérgica como es la prisión del indio y cobrar el impuesto. Estos juicios no aceptaban excepciones sino después de verificado el remate o aprendido los bienes en pago de la deuda, permitiendo en el rescate de los bienes si el deudor pagaba la deuda y los costos del juicio.

A fin de evitar el fraude o colusión por parte de los indios y los cobradores de tributos se impuso un castigo severo a los empleados que dejen de percibir un impuesto con la destitución del cargo y el pago del doble del salario recibido por el indio.

En 1951 se instala una nueva Asamblea Constituyente y se dicta la Ley de Contribución de Indígenas que resulta ser una codificación de diferentes leyes dictadas por **Bolívar** en 1828 hasta la del 2 de septiembre e 1835. Esta ley en su artículo 22 incentivaba con un peso al recaudador por cada

indio que descubriera y aumentará el padrón indígena, así mismo se premiaba con cuatro reales por cada año que el indio hubiese estado rezagado en el pago.

Quizá los beneficios de esta ley tienen que ver con las exenciones del pago tributario, pues quedaban exentos de este pago los que se dedicaban a la docencia por seis años consecutivos, los que servirían de guía, gobernadores y caciques que ayudaran en la cobranza, maestros de capilla y sacristanes de parroquias y catedrales. También estaban exentos los que sufrían lesiones o enfermedades permanentes, previa presentación de un certificado emitido desde la capital de provincia y el informe del recaudador a petición del protector; procedimiento por demás engorroso y tedioso a la vez que también estaban sujetos a ese proceso los que querían estar exentos del tributo que han cumplido los cincuenta años de edad.

El artículo 40 de esta ley disponía que los rematadores de diezmos percibiesen más del décimo de los frutos y de ningún modo de aves y animales domésticos que no llegasen a 10.

El artículo 43 disponía, *"queda abolidos los abusos de los diezmeros de cobrar cuy y gallina, de tazar las sementeras para deducir el diezmo; igualmente que el de exigir esa contribución pecuniaria llamada tazas y el del reparto que en algunas provincias hacen los diezmeros de los granos para cobrar su doble valor al vencimiento del plazo que designa".*

Esta ley sustituyó a los protectores por los abogados en la defensa de los indios y cuya defensa disponía se lo realice por parte de los profesionales del derecho en forma gratuita. Situación que jamás se cumplió ni por parte de los curas, jueces y abogados quedando en un fútil lirismo.

El artículo 51 asesta un duro golpe al concertaje al disponer *"los indígenas conciertos que se hallen adscritos a los fundos de agricultura u obraje, no podrán ser obligados a desquitar sus deudas con su trabajo, se les permitirá salir del servicio, pagando lo que adeuden previa la liquidación que se practicará ante un Teniente parroquial, si así lo exige el indígena"*

Esta ley también proscribe el nombramiento de alcalde que anteriormente permitían designar la autoridad civil, pasando a partir de ahora ser auxiliar del cura en la doctrina designado por los párrocos en cada una de las parroquias y anejos.

Presidente Urbina cedió presiones de terratenientes

José María Urbina abolió la esclavitud en el Ecuador, sin embargo lo que hizo con la mano borró con el codo, dictó la ley de 1854 con la que asestó un golpe bajo a los resguardos al perdonar la contribución personal que adeudaban los indígenas hasta 1851, cuerpo legal que provocó severas críticas por la rancia aristocracia de entonces, así se expresa el gobernador de Cuenca **José María Rodríguez Parra** *"autorizar a un indígena por que es indígena, a no cumplir sus contratos por medio de los cuales ha comprometido sus servicios... no solo es privar a la industria agrícola de los brazos que la fomentaban y hacerla perecer, sino también autorizar al indígena para que sea legalmente malvado".*

" Esta injusticia legislativa ha merecido la reprobación pública; y el pueblo ecuatoriano que en sus cuatro quintas partes es agrícola, exige la enmienda del artículo indicado, que se derogue como un atentado contra la moral, como secándolo de prevaricación".

Las expresiones del gobernante provincial de Cuenca demuestran el odio racial al indígena y su amargura por la afección a los intereses del sistema hacendario, apelando a la inmediata revocatoria de la ley por atentar a la moral y ser una afrenta pública contra los gamonales de Cuenca y el país. Criterios retrógrados de curuchupas como éstos pesaron más que la fuerza de la razón y la elemental sensibilidad social de una clase que agonizaba y al año siguiente de acuerdo con la ley de 1855, dejó sin efecto el mismo presidente **Urbina**, dando un paso en falso en la reivindicación indígena y otro paso atrás con la derogatoria del artículo 50 de la ley de 1854, que disponía la condonación del tributo, supuestamente porque la misma ha causado graves males al erario nacional, a la moral y a los mismos indígenas.

Ley de tierras baldías

Uno de los primeros esfuerzos sobre legislación agraria se realizó en 1865 cuando el vicepresidente **Carvajal** sancionó una ley titulada Ley de Tierras Baldías, que tuvo como objeto la venta de los terrenos baldíos y la reversión de fundos que no se hallaban en posesión de indígenas a título individual o colectivo.

Desventajosamente para la clase oprimida no hubo mayores beneficios, pudiendo destacar que lo más relevante fue la titulación de los predios de indígenas que

cultivaban particularmente y colectivamente, así dispone el Art. 14 de la novel ley, la entrega gratuita de tierras que eran ocupadas por los indígenas, siempre y cuando se pruebe ante el Juez Letrado de Hacienda o Juez Municipal la imposibilidad de pagar un valor por su estado de indigencia, entrega de tierras que tomaba el nombre jurídico de adjudicación.

En el tema de los resguardos nada nuevo bajo el sol, se dispuso que tierras que poseen en común se les doten de título de propiedad por parte del Gobernador. Los predios restantes facultaban al Gobernador proceder a enajenar mediante remate y el producto de estas ventas de tierras se establecía el destino para mejoras de caminos de la costa ecuatoriana.

Cuatro años más tarde, el congreso dicta una nueva ley reformatoria en la que se destaca la declaración de propietarios absolutos a los indios que han poseído y poseen sin contradicciones predios situados dentro o fuera de las parroquias, con el aditamento que la ley era suficiente título aunque dichos predios antiguamente habían pertenecido a la nación o municipalidades. En tal virtud los poseedores solamente debían hacer inscribir las tierras en el registro del cantón al que pertenecen. A fin de regular la venta de predios que pertenecían al Estado nuevamente esta ley de tierras baldías fue reformada en 1869 y 1875.

Los abusos por parte de los encomenderos y la complicidad de la iglesia llegaban a los extremos como el hecho de cobrar diezmos y primicias por adelantado y en dinero, contrariando con las disposiciones canónicas, así se desprende del siguiente texto suscrito por un alto funcionario de gobierno *"en los meses de Julio, Agosto y Septiembre se hacen las cosechas y los diezmeros por antigua costumbre han cobrado en los mismos meses del año siguiente, no las mieses que le habían cabido al diezmo, sino su valor en efectivo no al precio en que estaban las mieses al tiempo de la cosecha sino al precio que llegaron estas, en su máximo, en la cuaresma siguiente, es decir en la cuaresma intermediaria entre la cosecha y la cobranza en el tiempo de cuaresma es cuando las mieses suben casi siempre de precio, y los pagadores han vivido sometidos a esta costumbre de tiempo atrás establecido"*.

Pena capital para Fernando Daquilema

El 19 de Diciembre de 1871, surgió un levantamiento comandado por el indio **Fernando**

Daquilema, hecho que causó la muerte de **Rudesindo Rivera** encomendero del gobierno, que a la postre llegado la noticia a la gobernación de Chimborazo y al Ministerio de Gobierno, éstas enviaron resguardos militares y validos de su fuerza militar con vejámenes y saña detuvieron a casi todos los indígenas levantados, y pese a la intervención del Obispo de Riobamba **Monseñor Ordóñez**, **Daquilema** fue condenado por el Consejo de Guerra y ratificado por **García Moreno** a pena capital, imputando el delito de cabecilla principal del motín, robo y autor intelectual de la muerte de **Rivera**.

Nada cambiaba la situación indígena, los abusos continuaban, así podemos extraer un fragmento de lo que el insigne poeta Ambateño **Juan León Mera** asumió airosamente la defensa en el senado a favor de los oprimidos *"son arrastrados por la fuerza de los desgraciados indios conciertos a las haciendas. y allí les espera una servidumbre peor que la esclavitud...Se horrorizaría esta H Cámara si me detuviese en referir los lamentables sucesos que se verifican en las provincias de Tungurahua y León y aún según sé en las demás. No por favorecer a la agricultura hemos de esclavizar a una parte considerable de los ecuatorianos..."*

La discusión era airada en la cámara de representantes, una amplía mayoría, representantes de gamonales y terratenientes, con el pretexto de mejorar la producción agrícola solapaba la oprobiosa explotación de los pueblos indígenas y para mantener trabajo gratuito tramposamente fabricaban contratos que vinculaban de por vida a los indígenas con las haciendas e incluso quedaban hipotecados en este concertaje sus descendientes; no pocas familias indígenas preferían liberar a sus hijos del trabajo forzado en las haciendas quitándoles la vida en tiernas edades así lo confirma el escritor **Juan León Mera**... *"Salvo honrosas excepciones la mayor parte de los propietarios son los tiranos de sus peones, proceden con ellos de mala fe, les forjan documentos falsos, les agobian con trabajos superiores a sus fuerzas ningún medio es ilícito contra el indio vejado y reducido a una disfrazada esclavitud".*

Los diezmos

Los Diezmos y Primicias tienen su fuente de origen en las **Siete Partidas**. Las primicias son la primera parte o la primera cosa que los hombres midieren o contaren de los frutos que cogieren de la tierra para ofrendar a **Dios**.

El diezmo es la décima parte de todos los bienes que los hombres deben entregar a la Santa Iglesia. El Diezmo se entrega de dos maneras; la una es aquella que llaman el latín predial que es de los frutos que se obtienen de la tierra y la segunda es la conocida como personal.

Esta institución data de tiempos remotos, la **iglesia** fue la autora y propietaria de la misma. Fue muy rentable conseguir y sin el mayor esfuerzo, muy pronto la corona española también solicitó al pontífice que comparta los diezmos inicialmente a través de San Fernando. Más tarde pretexto de las cruzadas contra los moros, los reyes de España alcanzaron la voluntad de **Inocencio III** el patronato de Granada que consistía entre otros beneficios la cesión de los diezmos. **Alejandro VI** declaró la tercera parte de los diezmos no solo de Granada sino de toda la monarquía y en 1501 amplió el tercio de los diezmos de los que se recaudaba en las Indias. En el Ecuador la primera ley sobre diezmos se dictaminó en 1833, que fue prácticamente clonación de la legislación española. El Estado se reservaba el tercio del total de los diezmos y el restante se dividía para tres rubros: uno para el obispo, el otro para la renta capitular y la última se dividía en siete partes, para los siete novenos beneficiados.

El diezmo obligatorio duró unos cuantos años, hasta el 12 de octubre de 1899, cuando el general **Eloy Alfaro** decretó no su abolición total sino retiro al Estado la protección y coercitividad que implantaba para la recaudación.

"Art. 1ero. Se suprime las contribuciones del tres por mil, y se declara que el diezmo, la primicia, y cualquier otra del mismo género es de pago voluntario, sin que la nación esté obligada a prestar ningún apoyo para que en su recaudación se ejerzan medidas coercitivas.

Art. 2do. Se suprime, asimismo, la contribución con que se gravó el cacao, en la parte que pertenece al Clero".

Eloy Alfaro y las reivindicaciones indígenas

En el mandato presidencial de **Alfaro** se alcanzó las mayores reivindicaciones para los ecuatorianos y el pueblo indígena en particular, dignas de destacar como la expedición de la **Ley de Beneficencia**, conocida como ley de manos muertas, mediante la cual los inmensos predios de la iglesia pasaron a propiedad estatal, la iglesia protestó enérgicamente alegando *"esa ley es un crimen contra la Religión, un atentado contra la sana moral, un abuso de autoridad y una violación de los*

derechos en que se funda el orden social", agregando *"han dado carta de ciudadanía al comunismo"*. Con la revolución alfarista se consiguió separar la iglesia del Estado, conocida como laicismo en la educación pública, abolió el concertaje, suprimió la prisión por deudas y por obligaciones de hacer, suprimió además el obraje, el impuesto del tres por mil sobre tierras agrícolas, el pago de diezmos y primicias a la iglesia, implantó el matrimonio civil y el divorcio. Su pensamiento y accionar político tuvo como referente a **Benito Juárez**, que sacudió el statu quo de la nación mexicana en 1857, lo que le obligó a trasladar su gobierno al norte de México hasta 186, año en que, después de una larga y desgastante lucha se restableció la democracia, hoy considerado el mayor estadista de México que ayudó consolidar la soberanía no solo del pueblo azteca sino de toda Latinoamérica.

No podemos ignorar que la revolución de **Alfaro** fue de corte liberal burguesa por tanto trajo consigo algunos derechos sociales en función de un nuevo sistema: un incipiente capitalismo como por ejemplo: reguló las jornadas de trabajo, de descanso obligatorio, previsión social, el trabajo de mujeres y menores de edad, indemnización de accidentes laborales, protección de la maternidad, repartición de tierras agrícolas y expropiación de tierras ociosas, entre otros beneficios sociales.

Como aquello que los indios quedaban exentos de la contribución territorial y del trabajo subsidiario, la pecunia propiedad quedaba exonerada de gravámenes; prohibió obligar a los indios a servir de pongos, alcaldes doctrinarios y fiscales, salvo que las autoridades eclesiásticas designen previa una estipulación salarial, entre otros beneficios.

El concertaje

Los indígenas que antes habían sido dueños o más precisamente parte integrantes de la Pachamama, con la conquista, no solo que perdió sus territorios, sino que desde la lógica del mercantilismo se convirtió junto a sus tierras en un objeto más –mercancía- de libre disposición de los colonizadores, como en los tiempos oprobiosos de la esclavitud, aparentemente superado por siglos. El concertaje fue un contrato mediante el cual el indio se obligaba a trabajar de por vida por una obligación, -deuda-, que había adquirido con su patrón y solo se liberaba de esta esclavitud con su muerte, no obstante, de no haber cancelado las obligaciones

estas eran transmisibles a sus descendientes, frente a ello el indio para no dejar hipotecada la libertad de sus hijos prefería liberarles del yugo hacendado quitando la vida. El escritor **Abelardo Moncayo** atestigua el oprobioso concertaje *"La abdicación absoluta de la libertad, el enajenamiento de la voluntad y la inteligencia, la muerte, pues, de la personalidad misma, tal es el concertaje"*. Y agrega en tono más expresivo: *"Pacto incalificable de la iniquidad con la hipocresía; beso asqueroso de la codicia con la ferocidad, sarcasmo es el concertaje, sarcasmo a la civilización. Tanto alardeamos de católicos, y es el concertaje la bofetada más escandalosa al Evangelio"*

El concertaje se sostiene sobre dos cimientos oprobiosos e inquebrantables: la prisión por deudas y la trasmisión de deudas a sus descendientes.

La prisión por deudas

El Código Civil Ecuatoriano sancionaba al amo-hacendado que despida al esclavo-trabajador con una indemnización equivalente a un *"salario"* situación que jamás se cumplía porque hablar de salario resultaba por demás fantasioso; sin embargo el peón que abandonaba la hacienda no solo que tenía que indemnizar al amo, sino además quedaba de por vida bajo el patrimonio del amo. Así se desprende del Código de Policía que permite al patrón reducir a prisión perpetua al jornalero que faltare o abandonare la hacienda, salvo que el rebelde rindiera fianza a satisfacción del patrón o juez parroquial.

Esta oprobiosa legislación refleja la tragedia del indígena en el Ecuador, el trabajo de sol a sol en las haciendas, percibiendo en el mejor de los casos, salarios miserables, nada dignos para ser considerados como tales y peor que satisfagan apremiantes necesidades de la familia numerosa que constituían los indígenas, en fin una esclavitud camuflada en el salario, provocaba la fuga masiva de indígenas de las haciendas con el riesgo mayor y casi inevitable de convertirse en esclavos a perpetuidad.

La trasmisión de deudas

El peón para celebrar fiestas religiosas en muchas épocas de año y ante todo subsistir a su familia y más costumbres traídas de España, contraía deudas con el patrón, obligaciones que iba descontando en los años con su trabajo y de su familia. Sin embargo las deudas lejos de terminar o al menos disminuir iban siempre en dirección ascendente

y al morir heredaban a sus hijos. El hacendado en unos casos remataba las miserables pertenencias del fallecido, sus predios laderosos y en muchos casos sus hijos en apego al valor sentimental de sus microfundios, animales u objetos de sus padres, terminaban heredando y consecuentemente asumiendo el concertaje de sus padres y el círculo vicioso era interminable.

La tragedia del indígena no podía ser menos que un infierno, la compasión de pocas mentes prudentes desde el congreso y la corte algo ayudó para paulatinamente ir desendureciendo la desgracia del indio y recién en 1879 inicia un primer período hasta 1918 una tímida reforma al concertaje.

El Art. 1147 del Código de Enjuiciamiento Civil establecía:

"*Se ejecutarán por apremio:*

1. - Los decretos en que se mandare pagar costas y multas y devolver los expedientes;

2. - Las providencias que se dicten para el pago de actuaciones judiciales y honorarios;

3. - Las disposiciones que se den para ejecutar providencias urgentes, como deposito, posesión provisional, aseguración de bienes, alimentos legales y otras análogas; y,

4. - Todas las resoluciones que tengan por objeto el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada en juicio ejecutivo o sumario.

Si el apremiado no cumple inmediatamente con lo que hubiere dispuesto el juez. será reducido a prisión hasta que verifique el hecho o pague la deuda o la devengue con un día de prisión por cada ocho reales si fuere insolvente"

Del último inciso se desprende una aberración jurídica según la concepción moderna del derecho, según esta disposición se presumía la culpabilidad y para desvirtuar tenía el indio que probar su inocencia, dicho de otra manera se practicaba la presunción de delincuente, todo indio es un reo mientras no pruebe lo contrario.

Mientras escasos juristas moderados pedían revisar estos monumentos a la injusticia social, la mayoría proponía contrarreformas, motivo por el que su avance fue lento y débil; y, solo la legislación de 1913 bajo la influencia del **Dr. Víctor Manuel Peñaherrera** se limitó el concertaje. Sin embrago, la reacción contrareformista hizo que vuelva en 1916 a endurecer el concertaje con la siguiente disposición "*No habrá lugar a concurso ni al beneficio de cesión de bienes cuando se trate de obligaciones de hacer, si el hecho es realizable y no se ha sustituido a esas*

obligaciones la de pagar en dinero".

En 1938 se dio un gran paso al suprimir la prisión por impuestos, así establece le Art. 1.002 del Código de Procedimiento Civil y solamente a mediados del siglo XX con la Constitución Política de 1947 capituló la institución asquerosa del concertaje acariciado apetitosamente por los hacendados y mantenida por siglos, al disponer: *"Art. 187.3. -* ***La libertad personal****. No hay prisión por deudas, llámense costas, honorarios, impuestos, multas o con cualquier otro nombre. Esta disposición no comprende las deudas por concepto de alimentos forzosos".*

Las comunas y la legislación estatal

La Ley de Organizaciones y Régimen de las Comunas se dicta el 6 de agosto de 1937, a pocos meses sus gestores se dieron cuenta que faltó normas complementarias de procedimiento, surgiendo la disyuntiva de hacer una reforma a la novel ley o dictar una nueva, que vaya a complementar lo requerido; el gobierno se inclinó por la segunda, es así como se dicta el **Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas**, mediante Decreto Supremo número 23 del 7 de diciembre de 1937, publicado en el Registro Oficial número 39 y 40 del 10 y 11 de diciembre de 1937. Estas normas se dictaron en circunstancias en las que se da una eclosión de leyes de carácter social, así tenemos la Ley de Cooperativas, el Código del Trabajo, las primeras normas de la seguridad social, que vinieron a modificar el papel de la organización jurídico política del Estado, surgidas no en forma espontánea ni por la dádiva de sus gobernantes *"periodo de la dominación plutocrática"*, sino más bien por las luchas populares iniciadas en los años veinte, influenciadas por las ideas socialistas y la revolución bolchevique rusa en 1917, bajo el lema *"paz, pan y tierra"* **Lenin** entregaba inmensos territorios a los campesinos sin tierra confiscando enormes latifundios de poderosos terratenientes que mantenían sus tierras ociosas y poco cultivadas, y la revolución agraria mexicana en 1910, liderada por un campesino analfabeto y pobre de Morelos llamado: **Emiliano Zapata** a la cabeza y acompañado por **Doroteo Arango** más conocido como **Pancho Villa y Francisco Hidalgo Madero**. Bajo la consigna *"la tierra es de quien la trabaja"* intentaba la redistribución del latifundio en México

ante una realidad completamente adversa para los campesinos e indígenas que fueron excluidos de la tierra arribaron el 5 de febrero de 1917 ha promulgar la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para citar un ejemplo el 40% de la tierra agrícola estuvo en manos de 840 terratenientes, entre ellos el **general Terrazas** que posiblemente fue el terrateniente más poderoso del mundo, su hacienda tenía una superficie mayor al territorio de varios países europeos juntos; la iglesia católica no se quedaba atrás constituía otra de las instituciones más acaudaladas de territorios agrarios, razón por la que pretendía mantener el statu quo de la sociedad mexicana constituyéndose en la mejor aliada del gobierno de **Porfilio Díaz** conocido como Porfiriato, que la revolución mexicana a buena hora derrocó al dictador.

Pese a los conflictos internos surgidos en la revolución agraria *" una constante en todas las revoluciones"* entre partidarios de villistas, maderistas y zapatistas se plasmó las conquistas sociales en la Constituyente de 1917, destacando entre otras reivindicaciones: las tierras privadas a la propiedad estatal, limitaron el derecho de la propiedad privada en función a las necesidades sociales, se fraccionó el latifundio e impulso el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola, las tierras de la iglesia católica, sus templos, obispados, casas curales, seminarios, asilos. colegios de asociaciones religiosas, conventos y más inmuebles de la iglesia pasaban a ser parte de propiedad de la nación, se implantó la educación estatal laica y gratuita. No obstante pese a las destacables conquistas sociales, las enormes desigualdades acumuladas históricamente no concluyeron, razón por la que fue necesaria nuevas actuaciones que fueron impulsadas por el presidente **Lázaro Cárdenas**, ello no significa que las profundas injusticias se han eliminado, por el contrario las nuevas condiciones geopolíticas, económicas y sociales a escala mundial -*globalización de la pobreza e injusticias sociales*- continúan excluyendo a la clase mayoritaria, ello explica la presencia del Ejercito de Liberación Zapatista, liderado por el **Subcomandante Marcos** que no han dado tregua a los últimos gobiernos de corte neoliberal.

Ahora bien, contrariamente a la eclosión de leyes sociales de la época, en el Ecuador fueron meras reformitas, ni la Ley de Organización y Régimen de Comunas, ni el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas empujaron a ningún cambio de la

desigual distribución de tierras –estructura económica-, continúo el acaparamiento, el sistema hacendario y mantuvo intacto, el trabajo precarista no fue derogado y el estado de cosas se conservó íntegramente hasta nuestros días con pequeñas barnizadas para disimular el feudalismo servil y camuflado en el sector campesino e indígena.

Tengo la certeza que las injusticias sociales son el resultado del poder que ostentan las cúpulas desquiciadas de los grupos dominantes -fuerzas armadas, partidos políticos, iglesias, ejecutivo, legislativo, judicial, sindicatos, incluido gremios y etnias- con las excepción debidas. Poder que atrofia los sentimientos, la humildad, la sencillez, el sentido común, el intelecto y agudiza la mediocridad, la ambición y perversidad. Otorgar el poder a estas jerarquías es peor que depositar un revolver automático a un infante, en consecuencia por higiene de las mismas elites, así como por dignidad y supervivencia de la especie humana es imperativo retirar esta devastadora arma –poder-. Ahora no es responsabilidad única y exclusiva de las cúpulas que manejan los hilos oscuros del poder que nos dejen sin empleo, desnudos y sin pan, hasta la esperanza nos pretenden arrebatar con confusos sofismas arguyendo que todo es obra de Dios y del otro dios mercado, debiendo aceptar con resignación, pregunto ¿que pasarían las cúpulas sin el sostén de las bases? sencillo se derrumban y dejarían de ser elites; razón suficiente para participar y accionar nuestra liberación, liberación que no vendrá de las alturas sino de abajo, ni alcanzaremos con rogativas de rodillas, la historia nos enseña que se conquista a fuego y sangre, ideal sería conseguir sin derramamiento de una gota de sangre, pero incluso **Jefferson** un cierto día dijo refiriéndose al árbol de la libertad decía la democracia es como una planta de vez en cuando debe ser regado con sangre de patriotas y tiranos para su vigencia.

Sometimiento legal a las comunidades

En la época colonial se impusieron varias formas de organización social y politica rigurosamente jerarquizadas, ubicado en lo más alto el consejo de indias, luego virreinato, capitanías generales y audiencias, más abajo los gobiernos provinciales constituidos por corregidores de blancos e indios y gobierno municipal estructurados por los cabildos o ayuntamientos, llegamos a la

época republicana, más concretamente al *"período de la dominación plutocrática"* y encontramos un texto legislativo que regula las relaciones del Estado con las comunidades denominado **Ley de Organización y Régimen de las Comunas**, cuerpo legal con lo que el Estado consiguió controlar la organización comunitaria bajo el pretexto de *"proteger y reconocer"* las diversas formas de organización comunitaria que tenían identidad propia, unas llamadas caserío, otras comunidades, partido, anejo, parcialidad, recinto, metiendo en un mismo saco a todas por igual, bautizando con el nombre de comuna a todo centro poblado que no tenga la categoría de parroquia.
Así dispone el primer artículo de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas y que reproducimos:
Art. 1.- *"Todo centro poblado que no tenga la categoría de parroquia, que existiera en la actualidad o que se estableciere en el futuro, y que fuere conocido con el nombre de caserío, anejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad o cualquier otra designación, llevará el nombre de comuna, a más del nombre propio con el que haya existido o con el que se fundare".*
Ahora no todo centro poblado podía obtener la categoría de comuna debía cumplir con el requisito que dispone el Art. 5 de la Ley de Comunas que exigen un número no inferior a 50 habitantes y que radiquen habitualmente en la comunidad.
De lo que se puede notar es que el legislador se precipitó al dar el nombre de comuna a todo centro poblado, sin distinguir las particularidades que tienen determinadas organizaciones de la sierra andina, diferentes a los pueblos pescadores de la costa o grupos negros del noroccidente y diferentes de etnias amazónicas y pueblos mestizos de la región andina, es decir la ley no distingue criterios étnicos ni culturales sino el número de habitantes en cada sector llamado ahora comuna seguido por el nombre del lugar, Jatumpamba, Turupamba, San Felipe de Molleturo, Uchuloma, etc, etc.
La tercera disposición del cuerpo legal que revisamos otorga personería jurídica por el hecho de atenerse a la Ley, no obstante muchas organizaciones en todo el país obtuvieron personería jurídica mediante acuerdo ministerial otorgado por el Ministerio de Prevención Social y Trabajo, que luego con la reforma del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas dictado el 23 de septiembre de 1976, pasó *"legalmente"* su competencia al Ministerio de Agricultura y Ganadería, no obstante la persis-

tencia hasta nuestros días, de comités promejoras, comités barriales, comités de desarrollo comunitario, juntas promejoras, asociaciones de trabajadores autónomos (diferentes a los sindicatos o comités de empresa amparados por el Código Laboral) y que se rigen por sus estatutos, reglamentos y al amparo de la legislación administrativa del Ministerio de Bienestar Social.

Comunidades bajo control estatal

Las comunidades campesinas e indígenas al ser reguladas, controlas y supervisadas por el Estado terminaron siendo *"legitimadas"* bajo el yugo del derecho positivo liberal a través de la Ley de Comunas que brinda amplias atribuciones al Estado a través de sus instituciones. En consecuencia a partir de la vigencia de la ley comunal, el Ministerio de Agricultura y Ganadería pasaba a *"dar derechos"* y *"apoyos"* como describe el articulo 18 del texto legal anotado como mejoramiento material e intelectual, financiando la adquisición de bienes colectivos como tierras, instalaciones industriales, herramientas –hecho que no paso del papel, en ninguna comunidad de la nación se cumplió- pero dirigidos y supervisados por esta entidad de control tal como dispone el Art. 4 de la ley referida:

"Administrativamente las comunas dependen del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

Los derechos que esta Ley concede a las comunas, estarán supervisadas y dirigidos por el indicado Ministerio".

Registro de comuneros y sus bienes

Asimismo la ley manda al presidente y secretario del cabildo llevar un registro en el que se anotara los nombres de los habitantes de la comunidad con el objeto de tener plena identificación de posibles rebeldes o agitadores que confluyan en alzamientos o insurrecciones contra el sistema, así como mantener el control total de las pertenencias comunitarias para el cobro de impuesto al predio rústico, disponiendo al mismo presidente y secretario del cabildo a inventariar los bienes de la comuna e informar al Ministerio, poco difiere de a numeración y matrícula de los indios como ocurría en la colonia.

Nombramiento del cabildo

Para el nombramiento del cabildo que viene a ser el órgano oficial y

representativo de la comuna que lo integran cinco miembros: Presidente, Vicepresidente, Tesorero, Síndico y Secretario se fija el mes de diciembre de cada año que se realicen elecciones entrando en vigencia desde el primero de enero de cada año, estableciéndose controles rigurosos y minuciosos a través del poder político en las parroquias, así dispone el artículo 12 de la Ley comunal:

"*El día de las elecciones constituidos los concurrentes, cualquiera que sea su número, en asamblea general precedidos por el Teniente Político de la parroquia un miembro del cabildo y un ciudadano elegido por éste los hombres y mujeres mayores de edad votaran para elegir el cabildo, mediante cédulas escritas o verbalmente, de inmediato se hará el escrutinio.*

Cada cabildo expedirá el reglamento más adecuado para el ejerció de esta función en forma sencilla y los someterá a la aprobación del Ministerio de Agricultura y Ganadería".

Como se desprende de la disposición citada, la comuna se encuentra atada al yugo del ejecutivo a través de su representante parroquial y en la eventualidad de que sus dignatarios no sean de su agrado, el Ministerio de Agricultura y Ganadería simple y llanamente no lo aprueba, llegando al extremo de remover al integrante del cabildo en circunstancias que este directivo no reúna los requisitos de honorabilidad y solvencia moral tal como dispone el Art. 14 del mentado cuerpo legal, que obviamente es subjetivo y se presta al libre manipuleo de las autoridades oficiales.

Ministerio de agricultura juez de conflictos

Cuando el cabildo queda en acefalía igualmente el Ministerio de Agricultura tiene toda la atribución para designar otro cabildo por el tiempo restante, así dispone el Art. 13 de la misma norma referida.

También el Ministerio de Agricultura y Ganadería en sus omnímodas prerrogativas tiene la de aprobar la adquisición de bienes para la comuna (Art. 17, literal e.) enajenaciones de bienes, transigir en los juicios civiles (Art. 17, literal f.) aprobar contribuciones de los comuneros para el uso de bienes colectivos (Art. 17, literal h.), aprobar estatutos de federaciones comunales (Art. 26)

No satisfechos con las ilimitadas facultades que concede la Ley de Comunas al Ministerio de Agricultura y Ganadería, también

se crean mayores prerrogativas privativas en el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas. Así dispone el Art. 5:

"*Las controversias en que fueren parte una o más comunidades, quedan sometidas a la jurisdicción privativa del Ministerio de Agricultura y Ganadería*"

El artículo 8 del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas dispone que solo con la autorización del Ministerio de Agricultura y Ganadería puedan hipotecar los bienes comunales a instituciones bancarias. La interrogante salta a la vista, acaso los predios comunales no son de propiedad de los comuneros, siendo así, ¿cuál es la causa o razón jurídica para que los comuneros libre y autónomamente puedan constituir un gravamen sobre sus predios si hay consenso entre los copropietarios?

Finalmente, para que no quede lugar posible fuera de control estatal, la Ley de Comunas en su Art. 27 faculta al Ministerio de Agricultura y Ganadería reglamentar la organización comunal de segundo grado; mientras que el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas da competencia absoluta para conocer y juzgar los juicios y controversias entre comunidades, o entre una comunidad y personas extrañas a la misma, relativas al dominio, o posesión de las tierras, servidumbres, etc. disponiendo que la tramitación correrá a cargo de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MAG y la resolución la dictará el ministro, conforme contempla todo el capítulo III del referido cuerpo legal.

Visión mercantilista del Estado

El gobierno plutocrático de este período a través del mentado cuerpo legal no disimula su afán mercantilista de convertir a las comunas en empresas o cooperativas agrícolas a tono con las demandas del capitalismo en boga, que privilegia las fuerzas ciegas del mercado, para lo cual sostenían que es necesario sacar del atraso a las comunas ancestrales y colocarlas en el juego de la oferta y demanda dentro del "*milagroso*" libre mercado que ficticiamente equilibra sus relaciones, entonces se dispuso la transformación de comunas en cooperativas, empresas o unidades productivas, así contempla el Estatuto de las Comunidades Campesinas:

Art. 3. - "*El Poder Público adoptará las medidas necesarias para trasformar las comunidades en cooperativas de producción.*

Una vez realizada dicha transformación, las comunidades se regirán por la Ley de Coopera-

tivas, en todo aquello que no se oponga al presente Estatuto"

Con este criterio, de un plumazo se pretendió, y de hecho se consiguió en la práctica a través de la reforma agraria de 1964, 1973 y 1994, más la alienante propaganda e invasión de sectas religiosas y ONGs que predicaban la microempresa y la autogestión, desarticular las formas ancestrales de organización comunitaria que siempre fueron guiados por principios de reciprocidad, redistribución y mancomunidad entre comuneros que fundamentalmente estuvieron cohesionados por elementos étnicos, culturales, parentesco consanguíneo, afinidad y vecinal, con una producción autogestionaria, ecológica y sustentable, que posibilitaba una armoniosa relación del hombre con la naturaleza. Así buena parte de esta relaciones sociales de condescendencia entre la población campesina e indígena fue sustituida por la *"modernidad"* con una visión empresarial, lucrativa, explotadora al máximo de los recursos naturales, priorizando el interés mercantil, individualista, faustiano triste y vergonzante imperante.

CAPITULO CUARTO

Resistencia indígena y derecho

Han transcurrido más de 500 años de sometimiento cruel y despiadado, más la conquista es interminable con una mínima diferencia en los actores y procedimientos. Antes fue la conquista y colonización –con lo que inició la globalización- hoy la globalización consolidada y alienante; ayer fue la corona española, hoy el imperio americano en complicidad con los encomenderos criollos que a su antojo manejan los Estados Nacionales, convirtiéndose aquellos Estados *"independientes"* en simples colonias dependientes, virreinatos ya no de la península ibérica sino del imperio americano que concentra el poder hegemónico mundial. La autodeterminación o más castizo la libre determinación de los pueblos no deja de ser un término medieval, lírico y demagógico.

Ayer la cruz y la espada sanguinaria extirpó la *"salvajidad de los indios"* e implantó la *"civilización de los blancos"*, hoy asistimos a la más espantosa e increíble alienación mental del individuo social distante solo a milímetros del estado de barbarie civilizada.

En esta compleja realidad social los pueblos originarios aprendimos a vivir, o mejor dicho, a sobrevivir en medio de brutales persecuciones, acusaciones por demás injustas, enjuiciamientos insólitos, pleitos enredados, sentencias condenatorias, ejecuciones con y al margen de la ley de los civilizados, y más formas violatorias de elementales principios y derechos fundamentales de los pueblos; y, solo por el ímpetu y porfiadez de supervivencia social, aún estamos aquí para escribir la otra historia vista con ojos ensangrentados de pueblos oprimidos. Son estas enormes injusticias las que nos vuelven naturalmente rebeldes.

No obstante la lucha social no es vana, tantas rebeliones, desobediencias civiles y otras formas de resistencia indígena empiezan a hacer trastocar las barreras infranqueables y abrir paso al derecho de pueblos originarios con visiones y prácticas genuinas aparentemente sepultadas bajo tierra, más como el grano de maíz conserva su principio de vida y una vez que encuentra su hábitat germina esplendorosamente atraído por el fulgor de la vida.

Uno de los instrumentos de dominación que legitimó el saqueo, la explotación y la exclusión social fue el derecho de corte liberal positivista que respondía exclusivamente a los intereses de la sociedad imperial. Derecho que a más de implacable. desigual por naturaleza, fue único, impositivo, hegemónico y con el pretexto de regular las relaciones sociales entre clases e individuos impusieron el *"orden"* jurídico–político, extraño a los pueblos originarios bajo el imperio de la suprema ley, ley que debía ser observada, respetada y venerada por tratarse del mejor instrumento protector de la sacrosanta propiedad privada de los nuevos dueños –conquistadores- usurpadores de tierras y sus riquezas, incluidos hombres y mujeres, sus hijos habidos y por haber, iniciando así en estas tierras la dualidad histórico-social: despojo–acaparamiento, conquistados–conquistadores, dominados–dominantes, paganos-creyentes, criaturas–gentes, indigencia-opulencia, naturales-españoles, cristianos-infieles, ignorantes-letrados y que a la postre condujo irreversiblemente a la violencia social, justificada por Hegel al calificar a la violencia como una *"necesidad del espíritu en la grandiosa epopeya de su auto-realización objetiva"*, entrando así en la lógica del capital: la acumulación de la riqueza de unos pocos implica la desgracia de los demás.

El derecho liberal positivista o impositivo al no poder dar respuesta a las justas y legítimas exigencias históricamente reprimidas de los pueblos indígenas empezó a desplomarse, como el principio de la gravitación newteana hace de los cuerpos físicos, abriendo espacio a nuevas corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo, más precisamente el derecho de los pueblos indígenas. Su peso histórico fue de tal magnitud que ninguna fuerza podía aguantar más horrores y crímenes de lesa humanidad contra pueblos y comunidades originarias que soportaron dolor. llanto, indignación, miedo, ira y sangre, hoy empiezan a recibir sus primeras

recompensas de su magna resistencia, aunque incipientes derechos reflejados en las declaraciones universales, convenios internacionales y ahora en sus constituciones políticas nacionales y ojalá muy pronto en las legislaciones internas de los Estados.

Derecho indígena no consta en códigos escritos

Una definición de derecho indígena no vamos a encontrar en diccionarios jurídicos y peor enciclopedias, tampoco en las legislaciones de los países latinoamericanos. Históricamente el derecho de los pueblos originarios estuvo excluido de las legislaciones nacionales, ello no significa ni remotamente que no haya existido, todo lo contrario, en la legislación positiva oficial no existe, talvez por la ausencia de representantes indios solventes y comprometidos con su identidad en los parlamentos y senados o quizá por carencia de movimientos indígenas que accionen y presiones procesos reivindicativos de la vigencia y aplicación de la legislación histórica de sus pueblos.

Recién a partir de la década del noventa del siglo XX en los países de América aparecen los primeros diputados, inicialmente sin mayor protagonismo, estos congresiles fueron utilizados por partidos políticos de distintos tintes para aparentar su *"pluralidad"*, y vender esta seudo imagen *"democrática"* a los electores, obtener más escaños en el parlamento y legislar no para los desposeídos, sino utilizarlos inexorablemente para saciar intereses de la clase dominante. Los resultados hablan por si solos, acaso hay leyes que beneficie a las mayorías comunitarias y populares (?)

Ahora el hecho que no consten disposiciones o normas escritas que recojan el pensamiento jurídico de los pueblos originarios en los códigos liberales positivistas no significa que el Derecho Indígena haya desaparecido, por el contrario en la actualidad con mayor fuerza empieza a resurgir, no como moda del momento, sino por un estado de necesidad impostergable, ante las evidentes limitaciones que adolece la legislación positiva oficial, su escasa efectividad y el incontrastable vacío de legislación en torno a los pueblos indígenas en casi todas las naciones latinoamericanas.

Etimología

En lengua quichua, el término Derecho tiene las siguientes acepciones: **Camac**, que significa,

poder, anhelo, espíritu, ánimo, energía. Y **Chic** *significa movimiento, acción, transformación y cambio*; entones el derecho desde la visión indígena es el poder para mover o corregir, enmendar, así como podemos entender la acción de anhelar y alcanzar la armonía, el equilibrio y cohesión social. Cabe precisar que no vamos a encontrar una definición precisa y autónoma del derecho. Para la cosmovisión indígena los saberes –conocimiento y sabiduría- no están dispersos, separados o como el conocimiento occidental se divide en ramas del saber y luego se especializa cada vez más, en el mundo indígena todo esta integrado, relacionado, vinculado y articulado en un saber integral, así cuando hay problemas en una comunidad es por la presencia de una enfermedad social que debe ser curada, sanada, extirpando el mal, el conflicto, indagando las causas, los motivos entonces hay que enderezar al infractor, no siendo imperativa la sanción, la pena sino entra en acción lo espiritual básicamente y luego se conjugan varios elementos a veces el castigo pero siempre con la finalidad de corregir la enfermedad social y así volver a su estado natural del equilibrio social, tal como veremos más adelante, su jurisdicción, competencia, procedimiento, correctivos, seguimiento y acciones preventivas de la justicia indígena.

Indígena, entre el hombre y el animal

El término indígena tiene variadas definiciones, que van desde habitantes del **Tahuantinsuyo** que no han modificado su raza por el cruzamiento; hasta salvajes, sanguinarios, medio hombre y medio animales carentes de soplo de la civilización... (¿?)

Históricamente el indígena ha sido considerado como ser inferior al hombre blanco –europeo-. Después de 16 siglos resurgió en América la pueril y retrógrada noción de considerar a los indios instrumentos parlantes al estilo del viejo y destartalado derecho romano que concebía a sus semejantes –*esclavos*- como cosas con voz y en ocasiones los conquistadores haciendo gala de generosidad ubicaban a los indios un poco superior a la escala animal pero siempre inferior a la escala humana. No es gratuito el pensamiento de todo el siglo XVI, XVII, XVIII e inicios del XIX en que filósofos de la talla de **Montesquieu, De Maistre, Hume, Bodín, Voltaire** consideraban a los indios como *"hombres degradados"*. Tampoco es gratuito el criterio que otros

"pensadores", siguiendo las teorías simplonas de **Aristóteles** según las cuales, los hombres bárbaros e incultos habían nacido para servir a los dotados de razón, mantenían la tesis que los europeos podían dominar a los habitantes del Nuevo Mundo que pertenecían a civilizaciones menos desarrolladas, con lo que dejaba claramente justificada la dominación europea.

Para el mayor exponente de la filosofía idealista, el alemán **Jorge Guillermo Federico Hegel** el indio tenía impotencia física y espiritual e incluso afirmó categóricamente que los indios de América habían merecido el soplo de Europa. El penalista español **Luis Jiménez de Asúa,** doctor *honoris causa,* otorgado por la Universidad Estatal de Cuenca-Ecuador justifica la actuación humanitaria de los españoles en la conquista y colonización indicando *"el hecho de que los ingleses descastaran a los pieles rojas –de los que solo quedan ya muestras para halago de los turistas y cineastas- y de que los españoles se cruzaran con las razas nativas, supervivientes en abrumadora mayoría acerca de los blancos en Bolivia, Perú e incluso México, son pruebas inobjetables de la humanitaria conducta de España"*.

La cuestión indígena nace con la conquista y continúa con la colonización. En efecto, teólogos y político se preguntaban si el indio es ser humano o no, en consecuencia tenían alma y si podían salvarse o no. En esta corriente **Tomas de Aquino** en la *Summa contra gentiles* sostenía que los indios podían ser reducidos a la esclavitud o en el mejor de los casos convenía evangelizar y darle la doble condición de cristianos y súbditos.

Fue el fraile dominicano **Bartolomé de las Casas** quién cuestionó entre otras la tesis del historiador y teólogo **Juan Ginés de Sepúlveda**, que éste último sin el menor empacho sostenía que los indios no habían sido mencionados en la Biblia y además eran diferentes en la lengua y conducta con los demás grupos de hombres conocidos hasta entonces, por tanto no debían ser considerados parte de la humanidad ni de las normas de la religión católica les eran aplicables. En respuesta a esta herejía Bartolomé De las Casas replicaba: *"El renacentista y humanista era el doctor Sepúlveda, que resucitaba, sin empacho, la doctrina aristotélica según la cual la conquista y la dominación estaban justificadas si eran impuestas por un pueblo más culto sobre otro más inculto y bárbaro; y medievalista retrógrado era* ***Melchor Cano****, discípulo predilecto de*

Vitoria, que negaba, en cambio, que la superioridad cultural confiriese ningún derecho de soberanía sobre el más primitivo, y que se preguntaba incluso si la configuración social de los españoles no sería destructiva para los indios, diciendo textualmente: No conviene a los antípodas nuestra industria y nuestra forma política"

En la misma corriente oscurantista lleno de prejuicios raciales e intereses ocultos **Domingo Faustino Sarmiento**, presidente de Argentina llegó a decir *"los anglosajones no admitieron a la raza indígena ni como socios ni como siervos de su constitución social"* siendo *"esta la base de su enorme éxito"*, en consecuencia los indios constituyen una carga demasiado pesada para la civilización latinoamericana.

En el mismo sentido el hacendado ecuatoriano **Emilio Bonifaz** en la década de los ochenta del siglo pasado escribía el indio de altura es de *"escasa agresividad ante la vida a causa del hipotiroidismo y son débiles en secreción de adrenalina, la aceleración en su ritmo cardiaco, el aumento de la presión sanguínea, el incremento del azúcar en la sangre y los demás fenómenos fisiológicos ligados a la agresividad. Es hipo sexuado viven en un mundo de superstición y magia poblados de fantasmas. Su música es extremadamente triste y tocada en escala menor, monótona y con pocos cambios de intensidad iguales que su bailes, desconfiado y reservado hace que no se deba conceder más que un pequeño crédito de lo que dice"* las expresiones anotadas solo demuestran el profundo discrimen y odio hacia los pueblos indígenas. **Luis Cardoza y Aragón** denunciaban el discrimen presente en literaturas localistas que se refieren al indio "*como parte del paisaje como los guacamayos, las orquídeas, las mariposas, los pájaros.*"

Este pensamiento tan generalizado en Europa permitió que el indio sea considerado como objeto de negocios o dicho de otra manera el indio se encontraba dentro del comercio regular y lícito, común y corriente como una mercancía más para la compraventa. Lo afirmado se reflejaba en la prensa escrita, con anuncios en los periódicos promocionando la venta de haciendas en las que incluían cabezas de ganado y tantos indios más, lo que hacía incrementar el valor de la hacienda, por la mano de obra india –*una bestia de carga más*- que daba mayor plusvalía, hechos que se daba cotidianamente hasta

mediados del siglo XX en el Ecuador y en el resto de países latinoamericanos.

Denominaciones que se han dado a los indígenas

Existe una variedad de términos que se han asignado a los indígenas dependiendo del cristal con el que se observe o más precisamente de la clase social que juzgue. Así encontramos: Indios, tribales, naturales, aborígenes, primitivos, salvajes, originarios, nativos, minorías, indígenas. Ahora analizaremos las definiciones dadas y su alcance histórico social.

1. Indios

Hasta el siglo XVI el mundo solo era Europa, el mar mediterráneo con sus costas no muy bien definidas que alcanzaban África y el Oriente. Más allá de estos confines solo cabían elucubraciones y leyendas de multicolor y del todo dramáticas, reservadas para temas de ficción. El mayor mérito de **Cristóbal Colón** fue desafiar las terribles pesadillas, leyendas, supersticiones ideadas con respecto a la concepción del mundo de entonces, además navegar en veleros completamente precarios poniendo en juego su propia vida ante las tempestades de los mares y las inclemencias del tiempo. Empero Colón obtuvo la epopeya el 12 de octubre de 1492. Sin embargo los españoles no fueron los primeros en llegar a América. Los noruegos –vikingos- ya conocieron estas tierras solo que ignoraban que habían pisado América. Situación parecida ocurrió con el genovés que murió, pese haber realizado varios viajes luego del *"descubrimiento"*, convencido de haber arribado al Asia –India- por las espaldas, *"razón suficiente"* para pensar que todos los habitantes de estas tierras *"nuevas"* eran indios... (¿?) Término que se acuñó hasta la actualidad a los pobladores nativos de la **Abya Yala.**

En esta mayúscula ignorancia geográfica surgió el término indio como resultado de un error científico, geográfico y lingüístico de la época; y desde entonces todos los conquistadores y colonizadores utilizaron este término generalizando en toda Europa. Posteriormente aceptando en el error incurrido se mantuvo hasta la fecha la denominación, con la diferencia que en la actualidad es constante y tiene una intencionalidad claramente discriminatorio, excluyente y de sometimiento ex profesamente por parte de los blancos barbudos de la península ibérica con respecto a los pueblos originarios de

América. En definitiva el nombre y auto-nombre indio en la actualidad, son sólo síntomas de un síndrome de dominación no solo española sino europea.

Ahora el término *"indio"* no engloba a todas las poblaciones indígenas como anotamos, el error incurrido por Colón en señalar indios a todos los habitantes de la AbyaYala, peca de excluirlos a las poblaciones indígenas de los pueblos de África, Asia, y Oceanía que no tienen nada que ver con el *"descubrimiento"* o más propiamente dicho encubrimiento de América, mas la situación no ha cambiado.

Criterios de definición del indio

Los antropólogos **Oscar Lewis y Ernesto E. Maes**, afirman que en el pasado se han formulado tres criterios sobre la definición del indio: El racial o físico-biológico; legalista y cultural.

Criterio racial

Desde el punto de vista histórico, los investigadores sostienen que el criterio racial ha tenido importancia mayúscula. El indio fue definido como entidad racial, de características propias, distintas e inferiores a las de los conquistadores españoles. Destacando algunos rasgos físicos más sobresalientes, el color de la piel, la forma de la nariz, de los ojos, estatura, el pelo, etc. constituyendo elementos básicos para la caracterización etnográfica del indígena.

El criterio racial tuvo gran aceptación para diferenciar de los españoles durante todo el proceso de conquista y colonización, sin embargo tal criterio carece de sustento científico por dos razones fundamentales.

1. No hubo una homogeneidad total entre los indios de América, sabido es que en el continente hubo diversos grupos indígenas y pretender forzosamente insertar en un mismo saco a todas las etnias, razas y nacionalidades es un error científico insalvable que a todas luces se vuelve insostenible.

2. Estos grupos originarios no constituían una realidad estática, sino dinámica, en constante transformación, sobre todo por los cruzamientos a través de alianzas familiares y tribales que a la postre dio como resultado un mestizaje indiscutible. Nos referimos al mestizaje entre pueblos originarios de la Abya Yala que fue producto de encuentros y alianzas familiares y tribales, afectivas y consensuales teniendo como finalidad el afianzamiento de la organización social, contrario al otro mestizaje impositivo, forzoso, fruto de un acto sexual violento del

hombre blanco de la península con relación a la mujer nativa de América, en el que jamás hubo *"encuentro"* entre mujer española y hombre americano, precisamente porque nunca hubo una relación afectiva amorosa de la pareja, sino única y exclusivamente el mestizaje como producto del acto de violación del hombre español. Si se habla de encuentro entre dos mundos por sindéresis debía existir una relación de mujer española con varón indígena, hecho que no registra la historia, con un aditamento importante, no vino el español culto que ejercía los derechos ciudadanos en la península, sino se embarcaron en la aventura de Colón, hombres de la península, iletrados, criminales que pagaban condenas por los ilícitos y fechorías que habían cometido, por tanto a estos delincuentes les daba igual morir en la cárcel o en alta mar. Empero la suerte estuvo a su lado y lejos de perecer o vivir por años enterrados en la mazmorra carcelaria, arribaron a nuevas tierras con la misma o más ferocidad que antes, se deleitaron cometiendo crímenes ahora contra los nativos de América y contrario a recibir el castigo por usurpar las mejores tierras, saciar sus bajos instintos abusando a las mujeres indígenas, asesinando a sus cónyuges, esclavizando a sus hijos con trabajos forzosos, acumulando poder y riquezas y a más de ello recibieron como premio la impunidad vergonzante por la corona española.

Al respecto **Rafael Sánchez Ferlosio** afirma que *"desde el punto de vista étnico sólo se puede hablar de amor cuando hay connubium, es decir, simetría o bilateralidad en las uniones sexuales permitidas entre dos etnias o tribus, es decir A y B, o sea, tanto en el sentido varón A como mujer de B, como en relación fundamental que establece el reconocimiento de la igualdad étnica o tribal entre A y B"*. La asimetría, esto es la unilateralidad de las uniones sexuales permitidas (sólo A), se opone explícitamente al *cannubium* como negación de la igualdad entre dos etnias o tribus consideradas e indica además el orden jerárquico superior-inferior de la desigualdad, al coincidir siempre –salvo remotas excepciones de sociedades matrilineales- con el orden varón- mujer de las únicas uniones sexuales permitidas.

El mestizaje americano es producto de una relación rigurosamente asimétrica, unilateral, impositiva del varón blanco con mujer india. Y por mucho que en 1514 se autorice el matrimonio entre españoles e indias (sin duda

mucho más por reconciliar con la Iglesia y poner en paz con Dios a esos españoles en pecado de barragania, que por dar alguna protección legal a sus indias y a sus hijos frente a irresponsabilidades o abandonos de los amantes blancos), tal sacramentalización tuvo escaso éxito, pues el casarse con indias fue socialmente tenido por deshonroso, de modo que el mestizaje no puede recibir, étnicamente hablando, otro nombre que el de violación realizada por los conquistadores a los conquistados, de los amos a los siervos afirma el autor.

Finalmente **Sánchez Ferlosio** se pregunta "*¿dónde está, pues, la -obra de amor- de que habló* ***Robles Piquer****? ¿Acaso en el prostíbulo ambulante que la expedición de* ***Soto*** *llevó desde Florida a Carolina del Norte detrás de sí y cuya plantilla de indias tenía que ser constantemente renovada por otras de reemplazo, ya sea capturadas en entradas arma en mano, ya recibidas de manos de caciques más atemorizados que amistosos, por las muchas que iban muriendo en el camino, al seguir a los españoles uncidas unas a otras en colleras, tras el agotamiento de sus prestaciones sexuales nocturnas y sus servicios domésticos diurnos?"*

En conclusión la relación sexual impositiva fue en una sola vía, asimétrica la mujer española permaneció étnicamente virgen a diferencia de la mujer indígena que fue cuantas veces apropiada de facto por el conquistador y producto de esta violación física somos la mayoría de pobladores de esta América India que no pocas veces sonrojamos de nuestra identidad, pese a que nuestra madre indígena soportó el mayor dolor, impotencia, repugnancia y llanto por un acto sexual no deseado, violatorio e impositivo, luego pacientemente esperó nueve meses en su vientre con molestias e incomodidades, nauseas y dolores, hasta parirnos con sangre, darnos la vida, criarnos con tanta ternura y abnegación para algunos de sus hijos y descendientes -por ignorancia histórica- avergonzamos de nuestra identidad originaria provistos de sentimientos, emociones, tristeza, alegría y ante todo llenos de solidaridad y sensibilidad humana que hoy sin recelo y con sano orgullo debemos reivindicar nuestra identidad.

En concordancia con lo expuesto y otros elementos de peso el **Primer Congreso Demográfico Americano de 1843**, dejó sin piso la tesis racista, que entre otras conclusiones puntualizó "*... los criterios de clasificación raciales,*

científicamente válidos, sólo connotan caracteres somáticos hereditarios, sin implicación de ningún otro carácter psicológico o cultural".

El criterio legalista

El criterio legalista tampoco tuvo base científica, sino más bien fue la concepción del conquistador y colonizador para legitimar su abuso se valió de la ley -más adelante analizaremos la posición del indio frente a la ley- para imponer distancias entre el ciudadano y el *"natural"*; el español y el indio, en definitiva los derechos ilimitados de los primeros implican irreversiblemente la restricción total de los segundos. Esta fue la dialéctica histórico-social constante que la explotación inmisericorde de una amplia mayoría nativa de América posibilitó la opulencia de una minoría rapaz conquistadora llegados desde fuera con ansia desbordante de riqueza y poder.

Al respecto el Reglamento sobre el Servicio Indígena, aprobado por el Gobierno Americano establecía: *"Como indio debe ser considerada toda persona que descienda de indios, siempre que sea miembro de alguna tribu india reconocida actualmente por la jurisdicción federal*". Simple determinación pragmática, se atenía al criterio meramente jurídico – una simplonería cargada de sofismas fútiles-, siendo considerado indio miembro de una tribu india reconocida por la jurisdicción federal. Si ésta lo había aceptado, el individuo era reputado sin más discusión, descendiente de indios y pertenecía a una tribu india. Ahora esta clasificación no perseguía otro objetivo que determinar si era indio o no para imponer la obligación legal de realizar trabajos gratuitos, que iban desde el concertaje hasta la labor en las mitas, y jamás pensar en el ejercicio de los derechos ciudadanos que no dejaban de ser un mito en aquellos tiempos. Ventajosamente este criterio quedó sepultado con el convenio 107 y fundamentalmente 169 de la OIT que trata sobre los pueblos indígenas y tribales que más adelante revisaremos.

Criterio cultural

Para **Manuel Gamio**, director del Instituto Indigenista Interamericano, existen 3 grupos de indios: los correspondientes a la cultura pre-hispánica; los que pertenecen a la cultura posterior; y los elementos mixtos, productos de la combinación de las dos primeras culturas. Hecha esta

clasificación, sólo se necesita determinar el porcentaje de predominio que tenga el grupo con mayores elementos para describir el grupo en estudio, evidenciado la enorme dificultad que existía en establecer con precisión el valor funcional que en cada grupo prevalecía.

El investigador **Roberto García** afirma el *"indio"*, es, etno-linguísticamente, el producto del *"mestizaje"*, de la imposición del vencedor, al igual que el mestizo como entidad biológica es ontogenéticamente el producto de violación física y apropiación de facto de las mujeres americanas.

Bajo esta primicia, la denominación de *"indio"*, son rezagos o síntomas de un síndrome de dominación. Es curioso ver como los turistas del primer mundo, cuando arriban a tierras indoamericanas premeditadamente descienden al indio al folklore paisajista equiparando con la flora y la fauna que "admiran" por su belleza. Los territorios, su hábitat de los pueblos indígenas de América tienen tantos atractivos naturales y son bellos sin igual, pero jamás igual al ser humano.

Igual admiran la vestimenta de las *"cholas"* bolivianas o el sombrero de ciertas etnias ecuatorianas como algo típico, auténticamente *"indio"*, más su ignorancia se evidencia explícitamente, *"el sombrero de las etnias ecuatorianas"* tiene origen italiano, el mismo que fue introducido por los españoles en el siglo XVI. Situación similar ocurre con la música *"india"* de México que se interpreta con instrumentos de procedencia europea, que tengan un tatuaje mestizo es otra cosa como la trompeta, la guitarra, el arpa, violín, mandolina, contrabajo, acordeón y todos los instrumentos metales de viento propios de las bandas populares, el tambor o caja, las diferentes flautas de madera, la chirimía de procedencia árabe. Situación parecida ocurre con la danza folklórica, identificados como *"indígenas"* que parcialmente lo son pero son expresiones satíricas sobre la actuación de los conquistadores en épocas de la conquista y la colonización. Vgr. El baile de la vaca loca que recoge las escenas irónicas entre el patrón, mayordomo, cuentayos y más actores que constituyen fiel reflejo de la vivencia hacendaria aún presente en el mundo rural en pleno tercer milenio.

Ello no significa que los pueblos indígenas carecen de expresiones o manifestaciones culturales por más que prohibieron explícitamente bailar o danzar con su música: el wayno, kaswa, araskas-

ka, jarawi, tales expresiones originarias continuaron interpretando con sus instrumentos el charango y sus variedades de cada pueblo, atabales que en el Segundo Concilio celebrado en Lima en 1567 dispuso: " *Prohibimos y vedamos absolutamente que comediantes o cualquiera otra persona ingresn a la iglesia para tocar atabales o cualquier otro instrumento profano*". También encontramos la marimba mesoamericana, que en Chiapas y Guatemala aumentó su teclado a cinco, seis y siete octavas, a fin de agregar un cuarto ejecutante a interpretar música octatónica. Asimismo tenemos la quena andina, que inicialmente tenía solo cuatro orificios que correspondía al sistema musical incaico pentatónico y hoy tiene siete a semejanza de la afinación heptafónica de tonos y semitonos, el rondador, la zampoña de doble fila, la antara, la antiantara y el siku, instrumentos que tienen vigencia hoy en día; mientras que otros fueron modificados y en una especie de sincretismo musical surgieron el cuatro venezolano, el arpa criolla de Paraguay, Chile y México, el cinco, la concha, especie de mandolina de diez cuerdas, el charango andino, el pujador, el repicador panameño, entre otras riquezas culturales. Algo digno de destacar es que los españoles jamás entendieron como nuestros mayores indios pudieron alinear el oro con la plata de forma artística, hecho que en Europa se desconocía la técnica para hacer lo que en América era común encontrar.

2. Minorías

Es preciso diferenciar el término minoría con los grupos de poder opresores minoritarios que se encuentran enquistados en el poder político de los Estados nacionales de donde dirigen a los pueblos con la verticalidad haciendo gala de autoritarismo. efectivamente son grupos de poder minúsculos constituidos por una cuantas familias o grupos influyentes de negociantes, usufructúan el poder público y políticamente se denomina oligarquía, término que proviene del griego *ilogos*, pocos y *archê* poder; el gobierno de pocos. **Aristóteles** consideraba como una degeneración de la aristocracia - forma de gobierno de los mejores- en grupos reducidos pero compuestos por conservadores y reaccionarios.

En el caso que nos ocupa se trata de minorías étnicas, culturales, pòlíticas, sociales, religiosas frente a la hegemonía dominante, encontramos a las minorías

indígenas en países con predominio de raza blanca, por ejemplo la minoría latina o afroamericana en Estados Unidos, o la minoría islámica dentro de un Estado cristiano. Igual situación se ha dado históricamente con las minorías judías; y en la actualidad también son considerados grupos de minorías aquellos que reivindican derechos propios de cada sector a las que se pertenecen o representan, llámense ecologistas, feministas, etc. etc.

Capotorti, en su estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas afirma: *"Es minoría un grupo numéricamente inferior el resto de la población de un Estado, en situación no dominantes, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de un modo implícito un sometimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma"*

De lo anotado se puede inteligenciarse que no hay mayor diferencia de fondo entre pueblo indígena y minorías, por cuanto la mayoría de los colectivos sociales que se consideran pueblos indígenas podrían considerarse también minorías, dejando la única distinción en cuanto a las raíces ancestrales de la vinculación con la tierra que tiene, los indígenas frente a las minorías que no necesariamente pueden tener este vinculo, es más sus tierras pueden haber quedado en otro lugar y ahora formar este grupo de minoría en un lugar distinto o fuera de su tierra originaria. Sin embargo lo anotado no se puede tomar en strictus sensu en algunos Estados Americanos, las minorías indígenas son grupos ampliamente representativos, que por su número no pueden ser catalogados como minorías, vasta citar algunos ejemplos: Chile 8%, México 13 %, Ecuador 35%, Perú 43% y otros países superan la mitad, tal el caso de Paraguay 50%, Guatemala 57% y Bolivia 70% de su población es indígena.

Para concluir, todos los Estados cuentan con minorías de carácter étnico-culturales, en consecuencia la mayoría de Estados son multiétnicos y pluriculturales. El investigador noruego Jhon Galtung sostiene que hay aproximadamente 2.000 naciones y solo 200 Estados, en consecuencia la multinacionalidad está presente en la mayoría de los estados del mundo.

3. Naturales

Natural es otro sinónimo que los

conquistadores llamaron a los *"indígenas"*. Este concepto esconde evidentemente una clara y absoluta relación discriminatoria opresiva y despectiva que dio el conquistador al conquistado. La diferencia mayor entre hombre y naturaleza consiste precisamente, en que el primero es un ser dotado de razón, voluntad y conciencia con capacidad de trabajo racional sistemático planificado, mientras que el segundo un ser más de la vida natural desprovisto de inteligencia similar a cualquier primate, que sirve tan solo para el trabajo físico, en términos hegelianos no es sino una *"extensión del sector no-espiritual del universo"*. Este término se utilizó con mucha frecuencia para diferenciar claramente a los españoles de indios de América y podemos encontrar en cientos de escritos, actas de cabildos, diligencias, sentencias judiciales, actas eclesiásticas, escrituras públicas con alocución de este término claramente despectivo y discriminatorio a tal punto que no hacía falta inscribir en el Registro Civil, estuvieron reducidos a la condición de nada, por tanto al margen del derecho positivo y divino, solo contaban para los trabajos forzados, ahí si había que matricularlos como cualquier mercancía, objeto de negocio lícito.

4. Aborígenes

Es otra categoría que cumple la función de mantener presente el discurso neocolonial y las relaciones sociales de dependencia económica, social, cultural y política de los conquistados con relación a los conquistadores. El término está asociado con seres que aún no han llegado al estadio de la *"civilización"*, es decir se encuentran en la pre-historia, se podría decir que aquellos seres –aborígenes- aún no pasan la barrera de los primates, carentes de racionalidad y capacidad para pensar y auto-realizarse. Es frecuente escuchar el término aborigen en su doble intención: peyorativo, discriminatorio por un lado y otro menos prepotente, no sin ello ausente del prejuicio de superioridad y generosamente un sentimiento de pena y lástima por el aborigen, de quienes se sienten diferentes y superiores a estos pueblos que en realidad tienen identidad histórica y un conjunto de elementos que vuelven más bien pueblos genuinos y con un elemento determinante para cualquier nación que no todos tienen como es la identidad bien definida y visible a toda luz..

5. Horda

Se dice que es la primera forma

de comunidad social humana. La incertidumbre de paternidad obligó a vincular con la madre -matriarcado-. Al ser una comunidad humana de nómadas, se desarrollaba a través de la recolección, la caza y la pesca, condicionado por un caudillo que acumulaba todo los poderes político, religioso, legislativo, militar y judicial. Se indica que fue la primera y más antigua manifestación de sociabilidad que en el curso de un larguísimo proceso de evolución y perfeccionamiento de la humanidad. Fue la base social para sobre ella avanzar al clan y la unión de clanes arribar a la tribu.

6. Tribales

El Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en los países independientes de 1989 distingue entre pueblos indígenas y tribales: "*Son pueblos tribales cuyas condiciones sociales, económicas y culturales les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total y parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial*". Más adelante en el subsiguiente inciso acota "*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*".

La disposición transcrita es alentadora para las comunidades tribales, lo que antes fue considerada y tildada como pueblos atrasados ahora coloca en la misma condición que los pueblos indígenas, situación que aunque teóricamente es un avance en la lucha histórica de los pueblos; por tal razón quedan facultados los pueblos. al tenor del Convenio 169 de la OIT, libre y voluntariamente tomar su decisión de definirse como indígena o tribal. En definitiva un pueblo puede ser tribal por decisión o elección propia de sus integrantes. reconocer sus propias leyes y costumbres. aunque irónicamente puede ser también por imposición de una normativa estatal.

Hay otros criterios para su distinción como el lenguaje oral, la ubicación o concentración geográfica, sin embargo el criterio o principio de la "*conciencia de su identidad*" se ha constituido en el elemento determinante para la distinción, a tal punto que ha sido reconocido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, por consiguiente desde mi parecer no hay razón para su distinción.

7. Primitivo

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término primitivo equiparando con "*los pueblos aborígenes o de civilización poco desarrollada, así como de los individuos que lo componen, de su misma civilización o de las manifestaciones de ella*". El atraso, el subdesarrollo con el que adjetiviza es muy elocuente en esta definición oficial, siempre se remarca el término primitivo a lo antiguo, tosco, rudimentario, prehistórico a todo aquello que no ha sido superado por el progreso técnico.

A principios del siglo XX el término se utilizó para dirigirse a los pueblos del estadio etnológico, que vivían todavía a nivel de la Edad de Piedra.

La **Enciclopedia Salvat** trae una lectura por demás sesgada de la realidad objetiva dando la siguiente definición según la "*antropología cultural, se entiende por sociedades primitivas las agrupaciones humanas que se mantuvieron o aún se mantienen al margen del vasto movimiento de expansión del modelo de civilización propio del Occidente Europeo. Desde ese punto de vista, las sociedades primitivas serían la expresión de un estadio inferior de desarrollo humano*". Para **Levi Strauss** todas las sociedades primitivas tienen una característica común al ser "*sociedades sin escritura*", "*sociedades de tradición oral*", con "*mentalidad primitiva*", "*pensamiento primitivo*", "*pensamiento salvaje...*"

Desde esta visión occidental el pensamiento occidental de orientación racional-positivista-liberal es el desarrollado, analítico, racional, lógico, explicable, en una palabra civilizado, contrario al pensamiento primitivo que no logra superar el estadio de la salvajidad, carente de lógica, y cargado de una dosis de irracionalidad. Así para **César Neueschvader**, sociólogo paraguayo, sostiene "*los indígenas son una amenaza que hay que destruir; ni puede ser considerado como un patrimonio típico que debe exhibírseles en los museos*"

En definitiva el término primitivo es sinónimo de malo, perverso, atrasado, rudimentario, salvaje, por consiguiente hay que combatir, destruir, eliminarlo porque afronta, amenaza a la culta sociedad civilizada que contrariamente es justa, humana, racional, pacífica, benévola, solidaria, y equivale a progreso, ciencia, desarrollo, olvidándose intencionadamente la ruina a la que nos han llevado la justicia occidental cargado de actos de corrupción, confusión, descon-

fianza, deslegitimación, desigualdad e inseguridad.

8. Salvaje

Similares son los alcances que tiene el término salvaje con los de primitivo, aborigen o natural con la diferencia que este concepto conlleva no solo lástima sino además desprecio, odio y ensañamiento de la civilización.
La **Enciclopedia Salvat** define al hombre salvaje como *"Dícese del natural de países no civilizados"* El diccionario de la **Real Academia de la lengua Española** define "*Dícese de los pueblos que no se han incorporado al desarrollo general de la civilización y mantienen formas primitivas de vida"*, más adelante remata que también se entiende por salvaje "*al animal, puerco, seda, vid, salvaje sumamente necio, terco, zafiro o rudo"*, es decir aquellos semiciudadanos que no han alcanzado el nivel de occidente y que poco o nada distan del animal terco y rudo.
Los ejemplos para desnudar la persistencia del discurso chovinista y neocolonial son casi ilimitados: nuevo mundo, caciques, chief, tribu, etc., son solo algunos de los baluartes psicolinguisticos de una línea de defensa neocolonial invisible, erigida por los afortunados ganadores del genocidio de 1492.

9. Originario

Primero en su línea, o que no tiene ni toma origen de otro. Se opone a lo derivado y secundario. Perteneciente o relativo a los orígenes de la sociedad de un determinado territorio. En el tema que nos ocupa originario hace referencia a los pueblos que históricamente nacieron en un determinado lugar, fueron los primeros, los que dieron origen a la comunidad indígena, no precisamente como especie biológica, conocidos por todos es que los primeros habitantes que llegaron al continente americano no es más de 30.000 años, procedentes del Noreste asiático, atravesando el estrecho de Behing, y poco a poco fueron bajando y hace unos 10.000 años poblaron la región sur de nuestra América. Teoría que no está plenamente terminada sin embargo se encuentra coincidencias de otras oleadas asiáticas a Australia y Oceanía en menor grado como afirma **Paúl Rivet**.
En consecuencia originarios se refieren a poblaciones que se establecieron como pueblo, con sus costumbres, tradiciones, con su cultura, idioma, sistema de economía social, con su filosofía de vida, en definitiva los primeros individuos que nacieron como un pueblo, nación en un determinado

territorio del que no se han retirado sino en los casos en que la conquista y la colonización haya arrojado de sus territorios, pero fueron quienes poblaron y se constituyeron como una comunidad de individuos socialmente organizados.

10. Nativo

El término proviene del latín *nativus* que significa haber nacido naturalmente y en el campo que nos convoca es la pertenencia a un lugar donde ha nacido pueblo o nación. Ahora si bien hace referencia a individuos considerados como personas naturales, sin embargo no está reservado exclusivamente a la especie humana sino a otras especies como animales, plantas y sus variedades, lo que termina siendo un término muy amplio y ambiguo que no identifica plenamente al ser humano con características sociológicas, étnicas, etc. en consecuencia no llena satisfactoriamente las expectativas que nos ocupa.

11. Barbarie

Es la acrecencia de civilización, por tanto son pueblos rudos, toscos y bruscos en todas sus manifestaciones, costumbres, usos, hábitos, tienen incipientes ideas, se gobierna por un mando despótico y lleno de supersticiones y brujerías, predomina la crueldad. Se argumenta que es la infancia del género humano. **Morgan** habla de tres estados del desarrollo humano: salvajismo, barbarie y civilización, cada una de ellas dividida en tres estadios: inferior, medio y superior. Para ello consideró la habilidad en la producción de los medios de existencia. Para **Engels** la barbarie caracteriza la domesticación y cría de animales y cultivos de cereales.

Es de recordar que en la antigüedad los griegos dieron este nombre a los extranjeros entre otros a los alemanes.

12. Otras definiciones oficiales

Son innumerables las manifestaciones de este discurso neocolonial. Basta citar dos ejemplos que son bien ilustrativos: en el **Diccionario Larausse Ilustrado**, que según dos editores *"no es –no puede ser en ningún caso- instrumento de ninguna propaganda"*, se define a los apaches de la siguiente manera: "apache: … *individuo de una tribu de pieles rojas, celebres por su astucia"*.

Por su parte en el Diccionario de la Lengua Española editada por la Real Academia Española, se lee bajo la entrada apache: "*Dícese de*

ciertos indios salvajes y sanguinarios que habitaban en los confines del noroeste de la antigua provincia de nueva España".

El contenido abiertamente racista y propagandístico de estas definiciones no requiere de comentarios. Ilustra, empero, la necesidad imperativa de enfrentarse al eurocentrísmo y chovinismo primer mundista y considerar este campo como uno de los frentes de lucha principales en el trabajo emancipador.

13. Indígena

Cuando los conquistadores del primer mundo a través de los intelectuales liberales no quieren hablar de "*indios*", a los "*abortos de la especie humana*" como sin empacho afirma **Abad Luigi Brenna**, prefieren utilizar el término "*indígena*" y nos aclaran que se trata de una categoría etimológica y semánticamente correcta y nada discriminatoria. Este término –indígena- tiene un carácter descriptivo–objetivo, pero solo in abstracto. Al ser utilizado en dos contextos concretos neocoloniales, pierde su "*inocencia*". Y para entender esto, no requerimos de un profundo análisis lingüístico, suficiente es dirigirse a un ciudadano del primer mundo, o sea, de los pueblos dominantes, y tratarlo como "*indígena*" y su reacción será inmediata y hasta virulenta, en este contexto el término opera como categoría objetiva y cuando se trata de un término peyorativo. No es gratuito que los europeos a todos los latinoamericanos llamen indígenas, sin distinción de la nación de procedencia. Así se evidencia cuando un ciudadano latinoamericano visita al viejo continente y el trato que merece es segregacionista.

Evolución histórica del concepto indígena

En el decimotercer período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas decidió recomendar a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que encomendara a la presidencia-relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes un documento que sirva de base para la elaboración de un documento final a ser puesta en consideración de las Naciones Unidas a fin de unificar criterios entre representantes gubernamentales, pueblos indígenas y otras que hayan tenido interés o presten su contingente en esta área. De ello se desprenden algunos elementos que son útiles para lo que nos convoca.

El término indígena ha tenido una

evolución histórica y por más esfuerzos que se han realizado no se encuentra un concepto preciso y consensuado para aplicación en todos los pueblos del mundo. En el marco de idiomas europeos en particular el inglés y español comparten una raíz común del término latino *indigenae* que se utilizaba para distinguir a las personas nacidas en un lugar determinado con las que procedían de lugar distinto, denominándolas a estas últimas con el término *advenae*. Por su parte la expresión francesa *autochtone* tiene una raíz griega al igual que el término alemán *Ursprung*, que significa aquella persona que nació primero en un lugar, enfatizándose en el factor tiempo.

El Art. 6 del Acta final de la Conferencia sobre África en Berlín de 1884-1885 convocadas por las grandes potencias para el reconocimiento de las reivindicaciones territoriales de África establece que el término indígena permite distinguir a los ciudadanos que viven bajo dominación colonial, de aquellos que residen en las grandes potencias, además trae un elemento implícito que es la raza.

El Art. 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, aceptaron una *"misión sagrada de civilización"* asi utilizaba el término indígena para distinguir entre las potencias coloniales y aquellos individuos que vivían bajo dominación colonial, pero esto no es todo incluía un aditamento por demás discriminatorio y carente por completo de sustento científico al sostener que son pueblos indígenas aquellos que no se encuentran suficientemente capacitados para dirigirse por sí mismo en las condiciones particularmente difícil el del mundo moderno en contraste con las sociedades más avanzadas, en definitiva había que tener presente los dos elementos de caracterización de los pueblos indígenas, su dependencia colonial y su incapacidad como pueblo para decidir su destino.

Por su parte la Unión Panamericana, organismo que luego fue suplantado por la Organización de Estados Americanos OEA, utiliza el término indígena en forma distinta tal como re refleja en la resolución XI del 21 de diciembre de 1938, en su Octava Conferencia Internacional Americana declara:

"Que las poblaciones indígenas, como descendientes de los primeros habitantes de los territorios que hoy forman América, y a fin de contrarrestar la deficiencia en su desarrollo físico e intelectual, tienen un derecho preferente a la protección de las autoridades públicas".

Como se puede evidenciar esta

declaración conlleva otras connotaciones como es brindar una tutela a los habitantes originarios de América por parte de los gobiernos nacionales y especialmente el término utiliza para identificar a los grupos étnicos, lingüísticos, raciales, marginados o vulnerables, sin embargo se encuentra un elemento explícito que es la subestimación al indígena tratando como un incapaz que más que por solidaridad por lástima necesita un trato diferente.

Con el advenimiento de las Naciones Unidas en 1945, tampoco consiguió conciliar las posiciones sobre le término indígena, el Art. 73 de la Carta de la ONU se refiere a *"territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio"*.

Posteriormente el gobierno de Bélgica provocó una controversia al declarar a las colonias de ultramar como distintas de los indígenas toda vez que estos últimos son pueblos atrasados y que viven dentro de las fronteras de los estados independientes. La delegación belga no consiguió que se introdujere el término pueblos indígenas en el Art. 73 de la Carta, sin embargo la OIT aprobó el convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales. El Art. 1 de este convenio define la expresión tribual caracterizando que sus *"condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada"*.

Conviene aclarar que con esta definición prácticamente tienen el mismo tratamiento las poblaciones indígenas y tribuales, no se considera la situación histórica de conquista y colonización de la que fueron víctimas los pueblos indígenas, de ahí se puede concluir que todos los indígenas son tribuales, más no todos las poblaciones tribuales son indígenas.

El **Convenio 107** de la OIT, adoptó una definición de indígena del estudio efectuado por **J. Martínez Cobo** y que consta en el Art. 1 del documentado citado en los siguientes términos:

"Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras

generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones y sus sistemas legales".

Por su parte el **convenio 169** de la OIT de 1989 en su primer artículo, literal b) define así: "*Son pueblos indígenas aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*".

El mentado convenio 169 mantiene la distinción entre pueblos indígenas y tribuales. Se considera "*pueblos tribuales aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial*", de esta manera ya no distinguen por el atraso u otro elemento discriminatorio, más bien su principal distinción radica en el principio de libre determinación, así un pueblo es tribual por su libre voluntad, elección propia, por crear y observar sus propias costumbres, normas o sin su consentimiento por un estatuto jurídico legislado por un Estado; mientras que un pueblo puede clasificarse como indígena por elección propia, autónoma conservando su identidad e instituciones que le permiten su conservación.

Indigenismo e indianismo

El indigenismo es la tendencia de exaltar al indio y de lo indio, lleva una actitud de denuncia contra las injusticias sociales, discriminación y exclusiones. La pintura tomó muy en cuenta esta tesis y encontró algunas corrientes como el muralismo mexicana de inicios del S.S. XX, realismo social, expresionismo indígena. Igual sucedió en la literatura con las novelas de **Cesar Vallejo**: *"El Tungsteno"*; **Jorge Icaza**: *"Huasipungo"*, *"Huairapamuschas"*; **César Dávila**: "*Boletín y Elegía de las Mitas*".

Por su parte el indianismo es el culto idealizado, romántico del indio y su cultura a través de la lengua, arte, costumbres, etc. , expresados en la música y la novela donde aparece la ingenuidad del indio, con un poco de rencor frente a la conquista y

colonización española pero nada reivindicativo y peor revolucionario.

Gonzalo Aguirre, indigenista mexicano sostiene que "*el término indio impuesto por el colonizador español, nunca determinó una cualidad étnica, sino una condición social, al del vencido, sujeto a servidumbre*"

Criterio indígena

Visto de la otra orilla desde la posición indígena no tiene importancia mayor la definición o concepto de pueblo indígena, lo que realmente importa es la conciencia de su propia identidad a nivel individual y su aceptación a nivel colectivo. **Dodson**, comisionado de Justicia Social de los Pueblos Aborígenes e Isleño del Estrecho de Torres, enfatiza a más de la conciencia de la propia identidad del individuo y la aceptación como tal por la colectividad el vínculo histórico y antiguo con la tierra y los territorios. En definitiva los factores continuidad histórica, libre determinación y la composición del grupo son considerados como criterios decisivos a la hora de catalogarlos como tales, sin embargo visto desde el lado indígena más pesa el elemento subjetivo, tanto del individuo que se considera como indígena como de la comunidad que lo acepta como tal. En este sentido el Comité de Derechos Humanos, tuvo que conocer el caso ***"Sandra Lovelace"*** determinando que la denegación del derecho de una mujer india a residir en la reserva Tobique del Canadá por haber contraído matrimonio con una persona no indígena constituía violación al derecho por consiguiente a gozar de su propia cultura y luego de un amplio análisis decidió implícitamente por la tesis de dar la categoría de indígena que pertenecía a la comunidad Maliseet en vista que carecía de pruebas en el sentido que la comunidad indígena se opusiera a que **Sandra Lovelase** continuara residiendo en la comunidad de origen.

Criterio estatal - oficial

Los delegados de los gobiernos de Blangadesh y la India enfatizaban en la necesidad de encontrar un concepto de pueblo indígena, así indicaban que era necesario establecer un procedimiento que al considerar solo el elemento subjetivo es decir en la conciencia de la propia identidad, corre el riesgo de confundir a los pueblos indígenas con las aspiraciones de otros grupos subnacionales y tribuales que también son parte de

las minorías. También sustenta otros delegados como que es necesario una definición de conceptos de pueblos indígenas a fin de dar un reconocimiento de los pueblos, sus derechos y encontrar la distinción con grupos de minorías.

Cabe anotar que al no encontrar un consenso en la definición de indígena conviene ser lo suficientemente flexible sin renunciar el principio de la auto identificación y que constituye un derecho inalienable, sin descuidar el hecho de ser pueblo originario y tener un profundo vínculo con la tierra, aunque esto acarrea otro riesgo con aquellos indígenas que sin renunciar su calidad de indígena han emigrado de sus pueblos a las ciudades y en otros casos por la conquista y la colonización fueron expulsados hacia las urbes metropolitanas

Por su parte el Tribunal Permanente de Justicia Internacional dio una definición de comunidad en la que se destacan la distinción biológica como la distinción cultural (religión idioma, tradiciones); la elección o voluntad de permanecer distintos de otros grupos; y la cohesión social (instrucción, crianza de hijos, mancomunidad, etc.)

El término indígena ha traído y continuará motivando distensiones en su conceptualización. En los Estados Unidos de Norteamérica más de cien grupos de tribus indias se porfían en su lucha a fin de que se les reconozca como pueblos indígenas al amparo de lo que dispone la Ley de 1978 que dispone siete criterios históricos y sociológicos y aprueba de datos científicos ser reconocidos como tales.

Elementos que configuran el término indígena

No obstante, de las definiciones dadas en diferentes declaraciones oficiales sobre el tema y en especial los dos convenios 107 y 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas destacamos 4 elementos básicos que configuran el término indígena, siendo estos:

1. El sentido histórico,

La continuidad como pueblo originario en el tiempo, descendiente de los habitantes originarios de esas tierras, que ha estado presente ancestralmente antes de la presencia conquistadora y colonizadora y pese a su arremetida aún se mantiene. Pueblo histórico vinculado fuertemente con sus territorios que comprende no solamente la parcela de tierra, sino además los elementos que lo rodean como es el ucupacha, lo que está dentro de la tierra, la flora, la fauna y el hawapacha es decir el "*cielo*" y todos los elementos

de vida como la lluvia, el sol, la luna entre otros que forman un todo desde la visión indígena.

2. La libre determinación

Esto es la firme y decidida elección de ser parte de un colectivo social que mantiene vigente las instituciones sociales, normas y políticas consuetudinarias para su pleno desarrollo social y garantía del equilibrio social o armonía comunitaria, insistiendo que tal decisión no es bajo presión, de coacción física o psíquica sino absolutamente voluntaria, conciente y por adhesión toman autónomamente tal elección. A ello algunos juristas como **José Legarreta** suelen añadir *"el reconocimiento por otros grupos o autoridad estatal como una colectividad distinta"*.

3. La composición del colectivo social

Contiene varios elementos que lo hacen idénticos en un colectivo social lo que le mantiene dentro del grupo a más de sus raíces de identidad, origen histórico, también la lengua, cultura, religión, los valores espirituales, prácticas ecológicas, modos de producción (la economía de subsistencia) y más elementos de convivencia que lo vuelven afines e indisolubles.

4. La resistencia al sometimiento

A raíz de la conquista y colonización, de las que han sido víctimas los indígenas históricamente por culturas supuestamente más avanzadas que luego de la conquista dictaminaron reglas impositivas y segregacionistas con una clara muestra de exclusión social, solo la fuerza invisible llamada resistencia a posibilitando la salvación de los pueblos de su total exterminio, conocemos que en la actualidad aún quedan alrededor de 5000 culturas y de éstas el 95% son indígenas, aunque en términos poblacionales apenas son el 4%, es decir alrededor de 300 millones de habitantes en el planeta.

Entonces sin la resistencia nos encontraríamos frente a un escenario completamente distinto en el que los derechos de aquellos pueblos originarios sería tema del pasado, a lo mucho revisaríamos una historia muerta, y ni siquiera estaríamos aquí para contar la historia vista con ojos de sometidos; habría un mar de lamentaciones por sus infinitas experiencias y conocimientos que nos han brindado y que aún no se explorado toda su sabiduría ancestral, por consiguiente de nada serviría revertir la historia de la *"cruz y la espada"* por más que recitemos como loras los *"diez padres nuestros y veinte avemarías"* los pueblos indios no resucitarían, por ello esta magna fuerza con todo mérito merecía su

reconocimiento, hoy elevada a categoría de derecho: **La resistencia**.

Ahora surge el problema si elucubramos y nos preguntamos que pasa si un pueblo originario no ha sido sometido, deja en ese momento de llamarse indígena? Consideró que no..., empero la rapacidad de los conquistadores y colonizadores ha sido tal que en realidad han llegado a los confines de América, África, Oceanía, Asia, más bien habría que cambiar la pregunta ¿a dónde aún no han llegado?.

Conviene indicar también que ser rigurosos en los requisitos para determinar si una persona o pueblo es o no indígena es inconveniente, lo único que conseguiremos es ahondar más la tensión de los pueblos y sus repercusiones no van a ser sencillos, varios ejemplos existen en el orbe, en Estados Unidos de Norteamérica hay más de una centuria de grupos que luchan por su reconocimiento como tribus indias que según la normativa establecida en el país del Norte deben reunir siete requisitos históricos y sociológicos con pruebas científicas para ser considerados y reconocidos como tales o el caso de **Sandra Lovelace** que dejamos ya señalado.

Concepto de indígenas en las legislaciones de América

El pensamiento de la izquierda mundial, fundamentalmente las tesis esgrimidas por **Marx, Engels, Lenin, Trosky, Gramsi, Luxemburgo** entre otros clásicos, pulverizaron la doctrina conservadora feudal y clerical predominante en los países latinos. Si a ello agregamos la revolución agraria mexicana, la revolución socialista cubana y otros intentos como en Nicaragua, Chile llevó a un despertar de amplios sectores populares entre lo que incipientemente aparecía el pensamiento indígena ya no como hechos aislados sino en forma colectiva, lo que provocó que algunas constituciones de los estados nacionales de América Latina se vean obligadas a introducir reformas en sus cartas políticas en las que de una manera implícita o expresa reconozcan no solo la existencia de los pueblos indígenas sino además su presencia viva y lo que es más, como sujetos de derechos. Además la vista mundial esta puesta con América Latina a raíz del viraje de gobiernos de facto, ineptos y de una derecha sanguinaria y recalcitrante hacia gobiernos populares, democráticos y de una corriente izquierdista como sucede no solo en Cuba, sino también en

Brasil, Argentina, Venezuela, Uruguay, Chile y fundamentalmente el gobierno del líder indígena cocalero **Evo Morales** que va a dar mucho que hablar en todas las esferas y fundamentalmente en el campo legislativo por los derechos de sus hermanos aymaras, quechuas y en general del movimiento indígena en América Latina si el imperio deja gobernar y no se rinde ante las tentaciones y delicias del poder.

Ahora sabido es que todas las cartas políticas de los Estados contienen letanías que no pasan de ser declaraciones románticas, anotadas en un papel que aguanta todo. Solo la presión social de los pueblos originarios ha motivado que estas declaraciones constitucionales puedan ser reguladas y consten en cuerpos legislativos y que eventualmente puedan incluso ser aplicadas y así ejercidas por los pueblos históricamente excluidos de los derechos que en teoría son *"iguales ante la ley"* más en la práctica acertadamente resumía **Juan Jacobo Rouseau** *"Todos los hombres nacen libres e iguales, mas en todas partes están cargados de cadenas"*, completaba **Abraham Lincoln** *"Todos los hombres nacen iguales, pero es la última vez que lo son"* y hoy diríamos *"todos los hombres nacen iguales con excepción de los que llegan primero"* es decir la igualdad sigue siendo una herejía que ni los que se esfuerzan en convencernos pueden creer lo que dicen, mientras haya clases sociales jamás seremos iguales, la desigualdad será la norma y la igualdad la excepción.

Derecho indígena en las constituciones

En América Latina se han realizado sucesivas reformas constitucionales: Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994) y Ecuador (1998). Estos países iniciaron reconocimiento a los pueblos indígenas ligados a las tierras como el caso de Brasil, se enfatizó el acceso al uso y disfrute de recursos naturales tratándose de ríos y lagos, señalando que en el caso de recursos energéticos o minerales, su exploración o explotación en tierras indígenas requieren la aprobación del Congreso de la Unión, el cual escuchará a los pueblos afectados. Tanto Colombia como Bolivia y Ecuador incorporaron de manera directa los conceptos de pueblos indígenas, territorios y formas especiales de jurisdicción, abriendo en el caso de Colombia el espacio para la representación política indígena en el Senado. En menor rango y profundidad se ubican las reformas de Costa Rica

(1977), México (1992), Panamá (1972, revisada en 1983), Perú (1993), Argentina (1994) Guatemala (1998)

También han reconocido el derecho indígena o consuetudinario a regañadientes, pero condicionando a la creación de leyes secundarias y solo Chile cuenta con una ley indígena más o menos bien definida, el resto de los pueblos cuentan con estatutos, algún decreto, acuerdos y deberán seguir esperando pacientemente hasta que alguna vez se les abra el sentido común y sensibilidad social de la clase dominante de los estados nacionales, se *"compadezca de los indios"* o en su defecto serán los pueblos indígenas como lo han hecho siempre a base de la lucha social con levantamientos y movilización alcanzar la promulgación de leyes para el efectivo cumplimiento de sus derechos.

En el tema del derecho indígena y su jurisdicción revisemos lo que recogen algunas de las constituciones de los Estados Nacionales que más se han acercado al tema.

Constitución Brasileña de 1988

El capítulo VIII de la Carta Política del Estado Brasileño titulo: *"De los indios"* Art. 231. - *"Se reconoce a los indios su organización social, costumbre, lenguas, creencias y tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes"* como se evidencia apenas hay un reconocimiento a los indígenas y no pasa de aquello, posteriormente hace mención a las tierras que son de dominio de los pueblos indígenas aquellos que son ocupadas por los aborígenes, las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesidades para su reproducción física y cultural, según sus usos costumbres y tradiciones.

Menos mal que para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos incluidos los potenciales energéticos, la investigación y la extracción de las riquezas mineras en tierras de indígenas se condiciona ser oídos a las comunidades indígenas para su autorización a ser explotadas, no obstante dice la disposición solo oídos, de que sirve que la comunidad haga escuchar su reclamo, deduzca la oposición si

no tienen derecho al veto, la última palabra tiene el congreso nacional para autorizar o no.

Constitución de Colombia

La Constitución Política de Colombia de 1991 es fruto de la asamblea constituyente que luego de varios esfuerzos por alcanzar espacios de concertación entre el bipartidismo histórico -liberal y conservador- que han mangoneado al pueblo colombiano, algo se avanzó en la conquista de derechos constitucionales como el habeas data, habeas corpus y los derechos colectivos, más precisamente el tema de los pueblos indígenas. En esta carta política por primera vez reconoce y faculta a los consejos de indígenas administrar su territorio, no obstante limita su pleno ejercicio sujetando a las gobernaciones de los departamentos. Art. 329. - *"En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo"*.

La Constitución de Guatemala

La constitución de Guatemala de 1985 va por la misma línea, genéricamente reconoce y declara respetar el derecho de las personas y comunidades indígenas con sus costumbres, formas de organización social entre otros elementos. Destacamos dos disposiciones constitucionales que transcribimos:

"Art. 59. - Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres".

"Art. 66. - Protección a grupos étnicos. Guatemala esta formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos".

La Constitución de México

La constitución mexicana reconoce al Estado como una nación pluricultural, con autonomía y garantiza el ejercicio de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Artículo dos. La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de población que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticas y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y en consecuencia a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La Ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

IV. Presentar y enriquecen sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos

en esta Constitución.
VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.
VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.
Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.
VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, Para garantizar ese derecho, en todo los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada, entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.
B. La Federación, los Estados y los Municipios, pata promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.
Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:
I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación

de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establece un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Diferir y desarrollo programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas.

Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso afectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejor las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado par la construcción y mejoramiento de vivienda, así como aplicar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunidades y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleados, la incorporación de tecnologías para incrementar su

propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales, y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecidas las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas. Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

Constitución Paraguaya

La última reforma constitucional paraguaya dictada en 1992 alcanza un importante avance en el reconocimiento de las normas consuetudinarias en todo los órdenes de vida de la comunidad indígena, sin embargo restringe su autonomía cuando indica que el derecho consuetudinario puede aplicarse con un condicionamiento de no atentar los derechos fundamentales de la constitución paraguaya. Así reza la disposición pertinente:

"*Art. 63. - Tienen derecho, asimismo, aplicar libremente su sistema de organización política y social, economía, cultural, religiosa, al igual que a la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.*"

Constitución del Perú

Constitución del Perú 1993 faculta a las comunidades campesinas, que se entiende hace referencia a los pueblos indígenas, a ejercer jurisdicción en su ámbito territorial para ello recibirán el apoyo de las rondas campesinas que son controladores del orden –policías rurales- apareciendo como casi todas las constituciones de América que no contravengan los derechos fundamentales de las personas.

Art. 149. - "*Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial*"

La Constitución del Ecuador

La Constitución del Ecuador dictada por la asamblea constituyente de 1998 recogiendo algunos elementos precarios en su anterior carta política reivindica la categoría de los derechos colectivos fundamentalmente a favor de los pueblos indígenas y negros afroecuatorianos, del medio ambiente y finalmente de los consumidores. En el tema que nos ocupa el Art. 83 establece "*Los pueblos indígenas, que se autodefinan como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del estado ecuatoriano, único e indivisible*".

Más adelante la carta magna reconoce y garantiza la vigencia de los derechos colectivos entre otros de los pueblos indígenas, a conservar su organización social y el ejercicio de autoridad. Sin embargo todos estos avances nuevamente se truncan cuando se establece que debe guardar conformidad con la Constitución y la Ley; conocido por todos es que la mejor Biblia para los positivistas es el Código Civil y Penal –herencia del derecho romano esclavista por antonomasia- que protege fundamentalmente la sacrosanta propiedad privada y todas las hermosas declaraciones constitucionales se derrumban como castillo de naipes.

Así dispone el Art. 84 "*El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la*

ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos.

7. - Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de con-vivencia y organización social, de generación y ejercicio de la auto-ridad"

Finalmente en el capítulo de la función judicial la Constitución ecuatoriana hace referencia a la creación de jueces de paz, hecho moroso que hasta la fecha los *"legisladores"* adeudan a los ecuatorianos, también se refiere a la mediación comunitaria y lo que destacamos es el reconocimiento y facultad que concede a los pueblos indígenas en ejercer funciones de justicia al tenor del derecho consuetudinario, pero nuevamente condiciona a la sujeción de la ley con lo que se vuelve inviable su aplicación, por ello cuantos dirigentes indígenas han terminado en la cárcel juzgados por delitos comunes como: arrogación de atribuciones, usurpación de funciones, secuestro, plagio, etc. etc. por el pecado de ejercer jurisdicción tal como dispone la carta política.

"Art. 191. - El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerá el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

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."

Otras disposiciones constitucionales en el Ecuador

Art. 1. - El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El Kichwa, el Shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.

Art. 8, numeral 5. - Son ecuatorianos por naturalización, los habitantes de territorio extranjero en las zonas de frontera, que acrediten pertenecer al mismo

pueblo ancestral ecuatoriano, con sujeción a los convenios y tratados internacionales, y que manifiesten su voluntad expresa de ser ecuatorianos.

De los derechos civiles

Art. 23, numeral 3. - La igualdad ante la Ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole.

Art. 24, numeral 10. - Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado de respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.

Art. 24, numeral 12. - Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.

De la salud

Art. 44. - El Estado formulará la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley.

De la seguridad social

Art. 60. El Seguro Social Campesino, será un régimen especial del Seguro General Obligatorio para proteger a la población rural y al pescador artesanal del país. Se financiará con el aporte solidario de los asegurados y empleadores del Sistema Nacional de Seguridad Social, la aportación diferenciada de las familias protegidas y las asignaciones fiscales que garanticen su fortalecimiento y desarrollo. Ofrecerá prestaciones de salud y protección contra las contingencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte. Los seguros públicos y privados que forman parte del sistema nacional de seguridad social, contribuirán obligatoriamente al financiamiento del Seguro Social Campesino a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

De la cultura

Art. 62. La cultura es patrimonio del pueblo y constituye el elemento esencial de su identidad. El Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica. Establecerá políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, así como el conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica. El Estado fomentará la interculturalidad, inspirará su política e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas.

De la educación

Art. 68. El sistema nacional de educación incluirá programas en enseñanza conforme a la diversidad del país. Incorporará en su gestión estrategias de descentralización y desconcentración administrativa, financieras y pedagógicas. Los padres de familia, la comunidad, los maestros y los educandos participarán en el desarrollo de los procesos educativos.

Art. 69. El Estado garantizará el sistema de educación bilingüe; en él se utilizará como lengua principal la de la cultura respectiva, y el castellano como idioma de relación intercultural.

De los pueblos indígenas

Art. 83. Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales y los pueblos negros o afro ecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

De los derechos colectivos

Art. 84, numeral 1. - Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.

Art. 84, numeral 2. - Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.

Art. 84, numeral 3. - Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.

Art. 84, numeral 4. - Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

Art. 84, numeral 5. - Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

Art. 84, numeral 6. - Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural

Art. 84, numeral 7. - Conservar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicios de la autoridad.

Art. 84, numeral 8. - A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

Art. 84, numeral 9. - A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo.

Art. 84, numeral 10. - Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.

Art. 84, numeral 11. - Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

Art. 84, numeral 12. - A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

Art. 84, numeral 13. - Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

Art. 84, numeral 14. - Participar, mediante representantes, a los organismos oficiales que determine la ley.

Art. 84, numeral 15. - Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Art. 85. – Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual esta será debidamente informada. La Ley garantizará su participación.

De la función judicial

Art. 191. - Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derechos consuetudinarios, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Del régimen administrativo y seccional

Art. 224. - El territorio del Ecuador es indivisible. Para la administración del Estado y la representación política existirán provincias, cantones, parroquias, y habrá circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por la ley.

De los organismos seccionales y autónomos

Art. 228. - Los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas.

De los regímenes especiales

Art. 240. - En las provincias de la región amazónica, el Estado pondrá especial atención para el desarrollo sustentable y preservación ecológica a fin de mantener la biodiversiddad. Se adoptarán políticas que compensen su menor desarrollo y consoliden la soberanía nacional.

De la planificación económica y social

Art. 254. - El sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social. Se tendrá en cuenta las diversidades de edad, étnico culturales, locales y regionales y se incorporará el enfoque de género.

Del sistema económico

Art. 245. - La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará.

Art. 253. - El Estado reconocerá las transacciones comerciales por trueque o similares.

Del régimen agropecuario

Art. 267. - Tomará las medidas necesarias para erradicar la pobreza rural, garantizando a través de medidas redistributivas el acceso de los pobres a los recursos productivos. Proscribirá el acaparamiento de la tierra y el latifundio. Se estimulará la producción comunitaria y cooperativa, mediante la integración de unidades de producción.

Art. 269. - La pequeña propiedad agraria así como la microempresa agropecuaria, gozarán de especial protección del Estado, de conformidad con la ley

Derecho indígena en legislaciones de los estados latinoamericanos

La magna resistencia del movimiento indígena y su histórica lucha social en los diferentes pueblos de la Abya Yala posibilitó la regulación de leyes y estatutos que reconozcan como tales a los pueblos indígenas en los países latinos que a continuación anotamos:

Ley Indígena de Costa Rica

La Asamblea Legislativa de Costa Rica en 1977 crea la Ley Indígena que en su primer artículo establece:

Art. 1. - *"Son Indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas que conservan su propia identidad".*

Y más adelante aborda al indígena no como individuo, ni como Estado sino como colectivo, es decir empieza surgir los derechos colectivos, diferentes del derecho privado y estatal, la tercera línea es el derecho comunitario de las colectividades indígenas.

Art. 2. - *"Las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase. No son entidades estatales. Declárese propiedad de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el articulo primero de esta ley.*

La Procuraduría General de la República inscribirán en el registro público estas reservas a nombre de las respectivas comunidades indígenas."

Otro hecho que conviene subrayar es la protección a los predios comunitarios que no son objeto de enajenaciones o gravámenes y se encuentran exentos de impuestos prediales, las transacciones de los inmuebles de pueblos indígenas solo pueden realizarse entre indígenas, así dispone el Art. de la ley ibídem.

Art. 3. - *"Las reservas indígenas son inalienables e impres-*

criptibles, no trasferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Los indígenas solo podrán negociar sus tierras con otros indígenas: Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de éstas en las reservas indígenas entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo, con las consecuencias legales del caso. Las tierras y sus mejoras y los productos de las tierras indígenas estarán exentos de toda clase de impuestos nacionales o municipales presentes o futuros".

Estatuto de las comunidades indígenas del Paraguay

El Congreso Nacional de Paraguay aprobó la Ley número 904 en 1981 en la que da una definición al pueblo indígena señalando:

Art. 2. - "*A los efectos de esta Ley se entenderá como comunidad indígena al grupo de familias extensas, clan o grupos de clanes con cultura y un sistema de autoridad propios que habla una lengua autóctona y conviva en un hábitat común. Se entenderá por parcialidad el conjunto de dos o más comunidades con las mismas características, que se identifica a sí mismo bajo una misma denominación".*

De la definición se destacan elementos como la cultura, sistema de autoridades, lengua y hábitat que sin duda es un avance muy significativo porque reconoce la autonomía de estos pueblos y que sin necesidad de reconocimiento estatal están allí y han podido y seguirán conviviendo.

En la siguiente disposición, la ley ibidem va más allá y no solo que reconoce al pueblo indígena sino que reconoce sino que respeta la organización social y amparase otro elemento en forma explícita el estatus y el derecho a la libre determinación.

Art. 3.- "*El respeto a los modos de organización tradicional no obstara que en forma voluntaria y ejerciendo su derecho a la autodeterminación, las comunidades indígenas adopten otras formas de organización establecidas por las leyes que permitan su incorporación a la sociedad nacional".*

Ley sobre política indígena y apoyo a los aborígenes de Argentina

En 1985 el parlamento argentino dictaminó un cuerpo legal, motivado por la falta de apoyo estatal a las comunidades

indígenas pretendía dar el aval para que sean sujetos de crédito, fomento, capacitación, incluso facilitando recursos para la producción en las áreas de la agricultura, la ganadería, minería, industrial, artesanal y en cualquiera de sus especializaciones, incluso la intención fue crear un fondo para preservar sus valores educativos, ecológicos y de salud. Ahora fundamentalmente esta ley buscaba impulsar el desarrollo socioeconómico de las comunidades aborígenes más que el rescate y la potenciación de sus valores, costumbres, identidad de los indígenas.

A fin de diferenciar a los pueblos aborígenes del resto de la población blanca de la nación, la ley se acerca a una definición y algunas particularidades que ahora transcribimos:

Art. 2. - "*A los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país.*

Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad.

La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el registro de comunidades indígenas y se extinguirá mediante su cancelación"

La disposición citada no abunda en detalles sobre la caracterización del indígena o su comunidad simplemente se remite a considerar como indígena a quien descienda de poblaciones que eran antecesoras de la conquista y colonización, sin ningún otro requisito de forma. Sin embargo en la disposición existe un hecho fundamental para la tesis indígena que es el elemento subjetivo que cuenta para ser considerado como tal, es decir si el comunero libre y voluntariamente expresa su reconocimiento como indígena es suficiente para considerarlo como tal.

Como indicamos, la motivación del legislador argentino estuvo orientada más a la parte económica, la adjudicación de tierras, créditos, exenciones tributarias, incentivos entre otros, tal como indica la disposición siguiente:

"*Art. 9.- La adjudicación de tierras previstas se efectuará a título gratuito. Los beneficiarios estarán exentos de pago de impuestos nacionales y libres de gastos a tasas administrativas. El organismo de aplicación gestionará exenciones impositivas ante los gobiernos provinciales y comunales. El Poder Ejecutivo dispondrá la apertura de líneas de*

crédito preferenciales a los adjudicatarios para el desarrollo de sus respectivas explotaciones, destinados a la adquisición de elementos de trabajo, semillas, ganado, construcciones y mejoras, cuanto más pueda ser útil o necesario para una mejor explotación".

Ley indígena chilena

Una de las leyes más laboradas por los parlamentos de América Latina es la dictada en Chile el 5 de octubre de 1993, conocida también como la Ley número 19.253. Este cuerpo legal está estructurado inicialmente por principios generales, luego viene la conceptualización de indígena, luego trata de las culturas indígenas, más delante de la comunidad indígena. También trata del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas, la creación de un fondo para tierras y aguas indígenas. En el título denominado "Desarrollo Indígena" crea un fondo para el mismo, determina las áreas de desarrollo indígena. La ley no reduce al campo económico sino además entra a considerar la cultura y educación indígena. Otro capítulo trata la participación indígena, sus formas asociativas. También comprende un capítulo de la cooperación nacional de desarrollo indígena, con sus objetivos, de su organización, la estructuración interna de esta entidad a nivel nacional, regional y local, su patrimonio. Un tema que es de vital importancia en el campo que nos convoca es el capítulo referente a las normas especiales de los procedimientos judiciales, destacando la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia, de la conciliación y del procedimiento judicial en los conflictos de tierras. Finalmente da atención particular a cada pueblo indígena como los Mapuches Huilliches, Aymaras, Atacameños y demás comunidades norteñas, igualmente da un tratamiento complementario a las etnia Rapa Nui o Pascuense, situación parecida a los indígenas de Canales Australes y finalmente a los indígenas Urbanos y Migrantes.

La Ley Indígena Chilena en su primer título destaca a los indígenas, sus culturas y comunidades. El legislador faculta al Estado reconocer como indígenas aquellos que descienden de los pueblos originarios precolombinos y que conserven elementos étnicos y culturales, más la tierra es la matriz básica para su origen y desarrollo, revisemos lo que dispone el primer artículo:

"Art. 1. - El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde los tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura".

La ley chilena no queda allí, pretende ser más precisa a fin de evitar confusiones o divagaciones sobre la calidad de indígena, y son calificados como tales aquellos que se encuentren en los casos que se anota.

"Art. 2. - Se considera indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

a) A los que sean hijos de padre o madre indígena cualquiera sea su naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva; se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el articulo 12 numerales 1 y 2 (aquellos que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los títulos y 2 aquellos que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aymaras, rapa nui, o pascuenses, atacameñas, quechuas, coyas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en los derechos de tierras indígenas que crea esta ley a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean al menos un apellido indígena; un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones; y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos caos, será necesario, además, que se auto identifiquen como indígenas"

La disposición es clara y tiene algunas restricciones pero flexible a la vez, no cualquiera puede declararse indígena, debe reunir algunos de los requisitos que enuncia el Art. 2, que en realidad no son tres posibilidades que se numera sino más, basta citar que puede ser considerado indígena aquel que sin ser hijo natural de

padres indígenas, más si es adoptado asume la calidad de tal, o por el hecho de contraer matrimonio con pareja indígena y finalmente cualquier ciudadano chileno que se adhiera a la práctica de formas de vida, costumbres, religión en forma constante y manifieste en forma expresa o se identifique como indígena.

Vemos que también en la legislación indígena chilena aparece el elemento subjetivo también como una caracterización importante para adoptar la calidad de indígena.

Para ser calificado como indígena, éste podrá registrarse en la Corporación de Desarrollo Indígena. De ser denegado la acreditación, el interesado, sus descendientes podrá acudir ante el juez de Letras para hacer valer sus derechos. Ahora esta acreditación no es definitiva, puede ser objeto de impugnación por alguien que tenga interés o eventualmente cause perjuicios, en tal caso será el mismo juez de letras quien previo juicio, con pruebas e informes fallará conforme a derecho.

El legislador chileno a fin de prevenir situaciones que ciudadanos se aprovechen de la calidad de indígena u obtengan beneficios económicos dictó la siguiente disposición:

"*Art. 5.- Todo aquel que, atribuyéndose la calidad de indígenas sin serlo, obtenga algún beneficio económico que esta ley consagra sólo para los indígenas, será castigado con las penas establecidas en el Art. 467 del Código Penal.*"

La misma ley llega a definir la comunidad indígena en el Art. 9 como la agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

a.- Provengan de un mismo tronco familiar.

b.- Reconozcan una jefatura tradicional.

c.- Posean o hayan poseídos tierras indígenas en común.

d.- Provengan de un mismo poblado antiguo.

Para su constitución –de la comunidad indígena- será necesario que se acuerde en asamblea y con la presencia de un notario, oficial de Registro Civil o Secretario Municipal. En la asamblea se aprobará su estatuto, se elegirá una directiva, se levantará un acta en la que se incluirá la nómina individualizada de cada participante que sea mayor de edad; y para su validez se requiere de al menos un tercio de la población indígena de la parcialidad, luego esta acta se entregará en la oficina de Asuntos Indígenas y bastará para gozar de personería jurídica.

Para canalizar las iniciativas a favor de los indígenas se creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena CONADI, entidad pública descentralizada que tiene la responsabilidad de promover, coordinar y ejecutar acciones estatales a favor de individuos y colectivos indígenas en componentes económicos, sociales, culturales y la participación indígena en la vida nacional. Entre las funciones que tiene la CONADI son:

a.- Promover el reconocimiento y respeto de las etnias indígenas, de sus comunidades y de las personas que las integran, y su participación en la vida nacional.

b.- Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación.

c.- Incentivar la participación y el desarrollo integral de la mujer indígena, en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer.

d.- Asumir, cuando soliciten la defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas y ejercer funciones de conciliación y arbitraje.

e.- Velar por la protección de las tierras indígenas a través de los mecanismos que establece la ley y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del fondo respectivo.

Promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, velar por su equilibrio ecológico, por el desarrollo económico y social de sus habitantes a través del fondo de desarrollo indígena y en casos especiales, solicitar la declaración de Áreas de Desarrollo Indígena.

Además tiene la función de preservar, difundir el patrimonio arqueológico, histórico, cultural de las etnias entre otras que contempla la ley.

Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas de Guatemala

Ante la presión ejercida por los movimientos indígenas, el gobierno de Guatemala cedió parcialmente algunas conquistas, las mismas que constan en la carta política y posteriormente en un acuerdo social.

En el subtítulo -Protección a grupos étnicos- de la Carta Política del estado Guatemalteco prescribe

"Art. 66. - Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respete y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social el uso del traje indígena en hombres y

mujeres, idiomas y dialectos".
La constitución prevé la creación de Ley Indígena, más esto no se ha cumplido, sin embargo luego de varias reuniones de trabajo con la mediación de las Naciones Unidas se llegó a firmar un acuerdo entre el gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca en 1995, destacando el tema de la identidad de los pueblos como un conjunto de elementos que los definen y reconocen como tales en particular a los descendientes de la identidad maya que caracterizan entre otros hechos:
a.- La descendencia directa de los antiguos mayas.
b.- Idiomas que provienen de una raíz maya común.
c.- Una cosmovisión que se basa en una relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es solo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura.
Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales.
d.- La auto identificación.
Este acuerdo recoge entre otros puntos también el compromiso del gobierno en reformar la constitución a fin de otorgar los derechos legítimos que tienen los pueblos indígenas y su inexorable aplicación.

CAPITULO QUINTO

Pueblo indígena

Ya revisamos algunas definiciones de indígena y otros términos con los que también se identifica. En estas definiciones existe una implícitamente conceptualización de pueblo indígena considerado como la comunidad estable de hombres formada históricamente con formas propias de cultura, economía, idioma, territorio, justicia y autonomía. Revisemos cada una de los elementos peculiares que diferencian o dan forma esta comunidad.

Características de pueblo indígena

1. Comunidad de hombres formada históricamente.

Comunidad o pueblo indígena es un colectivo de ciudadanos –comuneros- organizados en forma permanente, estable, que garantiza una continuidad histórica de tal pueblo con todos los elementos que envuelve su supervjivencia, sustentado en principios básicos que legaron sus ancestros, articulados en un modo de producción redistributiva, con autoridades y procedimientos para su juzgamiento y cohesión social, con cultura propia, identidad definida. Por consiguiente no se trata de un colectivo pasajero, transitorio en la que sus integrantes se hayan agrupado de manera forzosa ya sea por una situación transitoria o un hecho circunstancial, sino que mantienen una estabilidad social como requisito o imperativo categórico de supervivencia social, en consecuencia se trata de un colectivo que tiene un antecedente histórico sobre el que construyen su propia destino. Esto es la construcción de una comunidad libre, animado por preceptos de solidaridad, reciprocidad, mancomunidad, respeto, plura-lismo, participación, transparencia, como garantía de un convivir social equilibrado.

Esta comunidad de hombres formada históricamente difiere de las organizaciones gremiales, culturales, religiosas, deportivas, sociales, políticas o empresariales; éstas últimas son entidades que se crean con objetivos específicos, con un límite en cuanto a sus integrantes, incluso unas tienen fines ideológico-políticos, ocupacionales, otros de defensa y las empresariales llegan al extremo de aglutinarse solamente con fines luctrativos como son los bancos, compañías y corporaciones nacionales y transnacionales. Además tanto las fundaciones, ONGs, asociaciones, clubes deportivos, compañías son pasajeras en el tiempo y en cualquier momento estas pueden transformarse en otras formas asociativas o simplemente se disuelven, desaparecen; razón por la que tales organizaciones estipulan en su estatuto social de constitución en forma explícita la duración de la entidad jurídica, incluso se llega estipularse la forma de disolución y liquidación en el cuerpo estatutario. En definitiva los gremios y las entidades anotadas tienen fines precisos, su campo de acción esta determinado en sus estatutos, con una temporalidad y limitaciones jurídicas de inmiscuirse en acciones que no sean de su competencia, por ejemplo un banco no puede administrar justicia o un club deportivo no puede cobrar impuestos.

Por el contrario la comunidad indígena se mantiene unida, cohesionada y en su organización se articulan componentes sociales, culturales, políticos, administrativos, medicinales y de administración de justicia como elementos básicos de convivencia social entre sus integrantes.

Generalmente es la tierra la matriz de los pueblos indígenas que han dado forma a la unión de familias para apoyarse condescendientemente y generalmente están formados desde tiempos inmemoriales, preservan y conservan las tradiciones de sus ancestros. Sin embargo este legado histórico no es una simple reliquia de adorno y exhibición para el turismo, sino por el contrario es una huella histórica sobre la cual se transita y proyecta como hechos y actos vivos, dinámicos, vigentes plenamente practicados por adhesión libre y voluntariamente. Este conjunto de manifestaciones genuinas y la peculiar cosmovisión y singularidad ayuda a sustentar la identidad que un pueblo o comunidad originaria tiene, conserva y preserva diferenciándose con otras culturas que son elitistas, excluyentes, en definitiva oficiales.

2. Comunidad con cultura

La cultura es un término con una variedad de conceptos, incluso se habla de cultura popular y elitista, aculturización, interculturalidad, culto, inculto, etc.

La Real Academia de la Lengua Española define a la cultura como el *"conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial en una época y grupo determinado"*.

La cultura no es un ente abstracto sino la suma de conocimientos trasmitidos de una generación a otra; la memoria colectiva; la herencia social que hace posible la integración de los miembros de una comunidad, impregnándoles sus normas de comportamiento, valores, sabiduría y habilidades, la síntesis de valores materiales y espirituales de una sociedad determinada; el marco organizador de la autoconciencia nacional; la fisonomía social, la personalidad de cada pueblo, debe comprenderse asimismo que la cultura expresa la experiencia histórica particular de cada pueblo y encarna sus resultados, constituye su fisonomía peculiar, su personalidad colectiva. **Rafael Murillo-Selva,** sostiene que la cultura es como la vida misma; los hombres dejaremos de hacerla solamente cuando dejemos de ser, y concluye el deber de una nación es adquirir una autoconciencia nacional, una fisonomía social peculiar, una personalidad colectiva". Una comunidad ancestral tuvo y conserva un modo de vida particular que marca la diferencia con otros pueblos, haciéndose acreedora a su personalidad propia. Igual situación sucede con el conocimiento que tiene las comunidades indígenas, sus técnicas en los más diversos quehaceres de la vida como domésticas, ceremoniales, productivos, curativas, recreativas, etc. etc, en consecuencia hay una cultura que va desde la forma de alimentar, vestir, celebrar los ritos, hasta situaciones más complejas como los matrimonios y disolución de parejas e incluso formas de alianzas entre grupos familiares y comunidades en pos de un mayor desarrollo de la comunidad o expansión territorial, siendo la memoria colectiva, la herencia social que hace posible la integración de sus congéneres, impregnados en sus normas de comportamiento, valores, sabiduría, síntesis de valores materiales y espirituales de una comunidad

Ahora es preciso indicar que con el advenimiento de clases sociales antagónicas, la cultura no está ausente de esta contradicción. Es obvio que la clase dominante

pretende imponer su cultura a la clase dominada como hegemónica, por diferentes medios persecuciones, a través de la fuerza, engaño, alienación, etc. ; sin embargo la clase subornidada también cuenta con propia cultura y en este enfrentamiento aunque en desigualdad de condiciones se resiste a desaparecer para ello crea y recrea formas de supervivencia al respecto **W. I. U. Lenin** sostiene *"Hay dos naciones en cada nación contemporánea, aunque sea en forma rudimentaria, elementos de cultura democrática y socialista, pues en cada nación hay masas trabajadoras y explotadas, cuyas condiciones de vida engendran inevitablemente una ideología democrática y socialista. Pero cada nación posee asimismo una cultura burguesa (por añadidura, en la mayoría de casos, centurionegrista y clerical), no simplemente en forma de elementos, sino como cultura dominante. Es decir a la cultura oficial hegemónica siempre habrá una cultura popular que se oponga y por más precaria que esta sea se porfiará en desaparecer y es más en determinados momentos tendrá la fuerza revolucionaria para su transformación".*

Los pueblos indígenas de América conservan muchos elementos de cultura originaria, sin embargo están sujetos al dominio colonial que tuvo origen al momento de la conquista y abolido luego de la segunda guerra mundial hoy renacido como neocolonialismo, que no es sino una forma de colonialismo velado, de facto, ya no con las armas sino sutilmente con la intromisión y dominio político, económico, cultural, tecnológico, patrones de conducta, modelos de consumo y estilos de vida, manipulación monetaria, control de recursos naturales y biotecnológicos.

La colonización no solo fue territorial, sino ante todo cultural e ideológico, más dañino que la espado resultó el engaño que hoy se manifiesta igual o mayor que hace 500 años. Los colonizadores fueron creados a imagen y semejanza del imperio expansionista, se les concedió facultades casi ilimitadas para que actúen eficientemente, permitiendo exprofesamente obtener enormes privilegios a cambio de una fidelidad canina de los colonizadores.

En la actualidad el dominio neocolonial se expresa a través de la globalización, de la economía mundial a gran escala, de las ideas políticas neoliberales, imposición de reglas del comercio internacional y control del mercado mundial. Ahora al dominar la tecnología, domina la informática

y con ello los medios masivos de difusión televisión, radio y cine, con lo que dominan los modelos de conducta occidental, imponen la cultura light, costumbres, vestido, consumo, lenguaje digital, hasta manipulan la información genética, en consecuencia los pueblos indígenas son explotados en doble línea: por un lado las oligarquías criollas –plutocracia- representantes de los estados nacionales que entregan sumisamente nuestros recursos a las poderosas corporaciones multinacionales a cambio de jugosas comisiones y por otro lado las potencias imperialistas que imponen sus voluntades sin contemplaciones a través del OMC, TLC.

En aras de iniciar la liberación de los pueblos indígenas se proclamó el 30 de enero de 1971 la Declaración de Barbados por la **"Liberación del Indígena"** que exige al Estado, las misiones religiosas, antropólogos y ONGs. tomar correctivos inmediatos para evitar se propague la destrucción total de la cultura indígena, aún sometida y arruinada, configurándose en el delito de etnocidio que la civilización se encuentra en deuda eterna con los pueblos indígenas.

Responsabilidad del Estado

En la situación actual y dadas sus condiciones no resultan convincentes acciones indigenistas que solo pretendan atenuar la exclusión y desigualdades sociales, es imperativa una ruptura radical de la situación actual: liquidación de las relaciones coloniales externas e internas, quebrantamiento del sistema clasista de explotación y de dominación étnica, desplazamiento del poder económico y político de la oligarquía a las bases sociales mayoritarias, la creación de un Estado multiétnico en el cual cada etnia tenga derecho a la autodeterminación y a la libre elección de alternativas sociales y culturales.

La tesis se sustenta en el fracaso de las políticas indigenistas venidas desde arriba desde el oficialismo en los estados nacionales latinoamericanos tanto por acción como por omisión. Por omisión en razón de su incapacidad para garantizar a cada grupo indígena el amparo específico que el Estado le debe y para imponer la ley sobre los frentes de expansión nacional. Por acción, debido a la naturaleza colonialista, hoy neocolonialista y clasista de sus políticas indigenistas.

Este fracaso señala al Estado como responsable directo a través de sus

gobernantes que actuaron expresamente y por tanto son culpables de muchos crímenes de genocidios y etnocidio.

Estos crímenes tienden a repetirse y la culpabilidad recaerá directamente sobre el Estado, con estos antecedentes lo menos que los Estados nacionales deben es asumir las siguientes medidas que recoge el documento:

1. - El Estado debe garantizar a todas las poblaciones indígenas el derecho a ser y permanecer como tales, viviendo según sus costumbres y constituir entidades étnicas específicas.

2. - Las sociedades indígenas tienen derechos anteriores a toda sociedad nacional. El Estado debe reconocer y garantizar a cada una de las poblaciones indígenas la propiedad de su territorio registrándolas debidamente y en la forma de propiedad colectiva, continua, inalienable y suficientemente extensa para asegurar el incremento de las poblaciones aborígenes.

3. - El Estado debe reconocer el derecho de las entidades indígenas a organizarse y regirse según su propia especificidad cultural, lo que en ningún caso puede limitar a sus miembros para el ejercicio de todos los derechos ciudadanos, pero que, en cambio, los exime del cumplimiento de aquellas obligaciones que entran en contradicción con su propia cultura.

4. - Cumple al Estado ofrecer a las poblaciones indígenas la misma asistencia económica, social, educacional y sanitaria que al resto de la población; pero además, tiene la obligación de atender las carencias específicas que son resultados de su sometimiento a la estructura colonial, y, sobre todo, el deber de impedir que sean objeto de explotación por parte de cualquier sector de la sociedad nacional, incluso por los agentes de la protección oficial.

5. - El Estado debe ser responsable de todos los contactos con grupos indígenas aislados, en vista de los peligros bióticos, sociales, culturales y ecológicos que representan para ellos el primer impacto con los agentes de la sociedad nacional.

6. - Los crímenes y atropellos que resultan del proceso expansivo de la frontera nacional son de responsabilidad del Estado, aunque no sean cometidos directamente por sus funcionarios civiles o militares.

7. - El Estado debe definir la autoridad pública nacional específica que tendrá a su cargo las relaciones con las entidades étnicas que sobreviene en su territorio; obligación que no es transferible ni delegable en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia.

Responsabilidad de las misiones religiosas

Históricamente la religión católica ha sido en unos casos coautora, y en otros cómplice y encubridora del genocidio y etnocidio de los pueblos indígenas, a través de las misiones religiosas, ha impuesto valores, criterios y patrones ajenos a las comunidades indígenas dominadas, bajo un manto religioso de ofertas del reino celestial encubrieron la elocuente explotación económica y humana de los pueblos originarios basada en los siguientes elementos:

1. - Su carácter esencialmente discriminatorio originado en una relación hostil frente a las culturas indígenas, a las que conceptúan como paganas y heréticas;
2. - Su naturaleza vicarial, que conlleva sumisión y sometimiento a los pueblos indígenas a cambio de futuras compensaciones sobrenaturales;
3. - Su carácter espurio, debido que los misioneros buscan en esa actividad una realización personal, sea ésta material o espiritual; y
4. - El hecho que las misiones se han convertido en una gran empresa de neocolonización y dominación, en convivencia con los intereses imperialistas dominantes.

Con los antecedentes expuestos la Declaración de Barbados "Por la liberación del indígena" declara la total eliminación de las misiones religiosas que será un proceso de algún tiempo y hasta que se alcance este objetivo cabe a las misiones un papel en la liberación de las sociedades indígenas, siempre que se atengan a los siguientes requisitos:

1. - Superar el herodianismo intrínseco a la actividad catequizadora como mecanismo de colonización, europeización y alienación de las poblaciones indígenas;
2. - Asumir una posición de verdadero respeto frente a las culturas indígenas poniendo fin a la larga y vergonzosa historia de despotismo e intolerancia que ha caracterizado la labor de los misioneros, quienes rara vez revelaron sensibilidad frente a los valores religiosos indígenas;
3. - Poner fin al robo de propiedades indígenas por parte de misiones religiosas que se apropian de su trabajo, tierras y demás recursos naturales, y a su indiferencia frente a la constante expropiación de que son objeto por parte de terceros;
4. - Extinguir el espíritu suntuario y faraónico de las misiones que se materializa en múltiples formas, pero que siempre se basa en la explotación del indio.
5. -Poner fin a la competencia entre sectas, confesiones y agencias religiosas por las almas

de los indígenas, que da lugar, muchas veces, a operaciones de compra-venta de catecúmenos, y que, por la implantación de nuevas lealtades religiosas, los divide y los conduce a luchas intestinas;

6. - Suprimir las prácticas seculares de ruptura de la familia indígena por internamiento de los niños en orfanatos donde son imbuidos de valores opuestos a los suyos, convirtiéndolos en seres marginados incapaces de vivir tanto en la sociedad nacional como en sus propias comunidades de origen;

7. - Romper con el aislamiento seudo-moralista que impone una ética falsa que inhabilita al indígena para una convivencia con la sociedad nacional: ética que, por otra parte, las iglesias no han sido capaces de imponer en la sociedad nacional;

8. - Abandonar los procedimientos de chantaje y consistentes en ofrecer a los indígenas bienes y favores a cambio de su total sumisión;

9. -Suspender inmediatamente toda práctica de desplazamiento o concentración de poblaciones indígenas con fines de catequización o asimilación, prácticas que se reflejan en el inmediato aumento de morbilidad, la mortalidad y la descomposición familiar de las comunidades indígenas;

10. - Abandonar la práctica criminal de servir de intermediarios para la explotación de la mano de obra indígena.

Como se evidencia el documento pone el dedo en la llaga de las misiones religiosas y se advierte que de no asumir responsablemente estas medidas mínimas incurren en el delito de etnocidio o de connivencia con el genocidio.

Finalmente se destaca una noticia alentadora que elementos disidentes dentro de las iglesias están tomando una clara posición de autocrítica radical a la acción evangelizadora y han denunciado el fracaso histórico de la actividad misional.

Responsabilidad de la antropología

También el documento denuncia y advierte a otro ente corresponsable del etnocidio y genocidio indígena a determinados cientistas racionales, cultores de la ciencia occidental que han despreciado y hasta burlado de la filosofía cosmogónica de los pueblos indígenas, así como se han aprovechado de la riqueza cultural de los pueblos indígenas.

1. - Desde su origen la antropología ha sido instrumento de la dominación colonial; ha racionalizado y justificado en términos académicos, abierta o subrepticiamente, la situación de dominio

de unos pueblos sobre otros, y ha adoptado conocimientos y técnicas de acción que sirven para mantener, reforzar o disfrazar la relación colonial. América Latina no ha sido excepción y con frecuencia creciente programas nefastos de acción sobre los grupos indígenas, estereotipos y distorsiones que deforman y encubren la verdadera situación del indio, pretenden tener su fundamento científico en los resultados del trabajo antropológico.

2. - Una falsa conciencia de esa situación ha conducido a muchos antropólogos a posiciones equivocadas. Estas pueden clasificarse en los siguientes tipos:

a.- El cientificismo que niega cualquier vínculo entre la actividad académica y el destino de los pueblos que forman el objeto de esa misma actividad, eliminando la responsabilidad política que conlleva el conocimiento.

b.- La hipocresía que se manifiesta en la protesta retórica sobre la base de principios generales, pero que evita cuidadosamente cualquier compromiso con situaciones concretas.

c.- El oportunismo que aunque reconoce la penosa situación actual del indio, niega la posibilidad de transformarla, mientras afirma la necesidad de *"hacer algo"* dentro del esquema vigente; lo que en última instancia se traduce en un reforzamiento de ese mismo sistema.

3. - La antropología que hoy se requiere en Latinoamérica no es aquella que toma a las poblaciones indígenas como meros objetos de estudio, sino la que los ve, como pueblos colonizados y se compromete en su lucha de liberación.

4. - En este contexto es función de la Antropología:

Por una parte, aporta a los pueblos colonizados todos los conocimientos antropológicos, tanto acerca de ellos mismo como de la sociedad que los oprime a fin de colaborar con su lucha de liberación.

Por otra, reestructurar la imagen distorsionada que existe en la sociedad nacional respecto a los pueblos indígenas desenmascarando su carácter ideológico colonialista.

5. - Con miras a la realización de los anteriores objetivos, los antropólogos tienen la obligación de aprovechar todas las coyunturas que se presenten dentro del actual sistema para actuar en favor de las comunidades indígenas. Cumple al antropólogo denunciar por todos los medios los casos de genocidio y las prácticas conducentes al etnocidio, así como volverse hacia la realidad local para teorizar a

partir de ella, a fin de superar la condición subalterna de simples ejemplificadotes de teorías ajenas.

Responsabilidad de la ONGs

El sociólogo norteamericano **James Petras**, denuncia que muchos intelectuales se mostraron sorprendidos cuando no pocos líderes y activistas de organizaciones no gubernamentales (ONG) se unieron a la campaña electoral de Vicente Fox y, tras su victoria, recibieron el pago de la campaña electoral en contratos y puestos burocráticos dentro de su nuevo gobierno. La idea que líderes *"progresistas"* en unos casos y en otros supuestamente de *"izquierda"* miembros de ONGs. se unan a un régimen neoliberal abiertamente partidario del *"libre mercado"* parece anómala. Sin embargo un análisis más profundo de la historia y los antecedentes de administradores y funcionarios de ONGs en América Latina, así como de su ideología y nexos con donantes externos, podía haber vaticinado este escenario y no ser nada sorprendente con el apoyo a un candidato títere del imperio.

En la transición hacia la política electoral en Chile, Bolivia, Argentina, Ecuador y América Central, numerosos líderes de ONGs. se aliaron a regímenes neoliberales que utilizaron su experiencia organizacional y retórica progresista para controlar protestas populares y apagar las reivindicaciones sociales y étnicas acumuladas secularmente.

Desde el principio de la década de los 80, las clases dominantes neoliberales, junto con el gobierno de Estados Unidos y gobiernos europeos, se percataron que las políticas del *"libre mercado"* estaban polarizando a las sociedades en América Latina. Mediante fundaciones privadas y fondos estatales empezaron a financiar a las ONG, misma que expresaban una ideología contra el Estado y promovían la *"auto-ayuda"*.

Petras indica que a comienzos de este milenio, existen unas 100 mil ONGs. en todo el mundo que reciben cerca de 10 mil millones de dólares anualmente y compiten con los movimientos socio-políticos por la lealtad de las comunidades militantes.

Aun cuando las ONG han criticado violaciones a los derechos humanos o alguna reivindicación pequeña de los sectores excluidos, rara vez denuncian la responsabilidad explícita que sus benefactores de Europa y Estados Unidos cometen al disponer la adopción de medidas de ajuste,

exigencia imperativa del pago de la deuda externa y otras políticas de estrangulamiento de la economía popular. A medida que aumentó la oposición al neoliberalismo, el Banco Mundial incrementó los donativos destinados a las ONG, pese que el mismo organismo multilateral sabe que de cada diez dólares apenas un dólar llega al beneficiario, la diferencia queda en la burocracia que percibe latisueldos.

El punto de convergencia compartida entre las ONGs. y el BM es el rechazo al Estado, llaman *"estatismo"* la intervención que el Estado realiza a toda acción de apoyo a los sectores que demandan obligaciones estatales, calificando como paternalismo, asistencialismo; claro que veladamente las criticas aparecen diferentes, por un lado las ONGs. Criticaban al Estado desde una perspectiva de *"izquierda"* reivindicando a la "sociedad civil" a través de fundaciones que se autodenominan *"movimientos sociales"*, mientras que al BM lo criticaban en nombre del *"mercado"*, que con su mano invisible debe regular la oferta y demanda, el rato que interviene el Estado con políticas sociales a favor de los pueblos más necesitados arguyen los tecnócratas del BM que inexorablemente retroceden hacia una estatización socialista dinosáurica, superado luego del derrumbo del muro de Berlín.

En realidad el BM y los regímenes neoliberales aprovecharon las ONG para minar el sistema de seguridad social estatal, y fueron utilizados y reducidos a medios para compensar a las víctimas de las políticas neoliberales.

El sometimiento de los organismos neoliberales a los estados nacionales provocan disminución de los niveles mínimos de vida al asfixiar económicamente a los ministerios del frente social como diría el **Subcomandante Marcos,** el Estado de cuño neoliberal hace igual que el papel de una prostituta, se desprende de las prendas exteriores, ministerios de Educación, Cultura, Bienestar Social, Agricultura, etc. sin embargo se guarda las prendas más íntimas para su protección hasta el final como son los ministerios de defensa y seguridad -ejército y policía- para la represión en caso de acciones contestatarias y revolucionarias. En efecto con las políticas neoliberales de ajuste, conducen irreversiblemente a despidos laborales masivos con la reducción del tamaño del Estado, creación de

impuestos e incrementos de éstos, falta de circulante y capacidad de compra, eliminación de subsidios, recesión, desempleo, migración, pobreza, indigencia, delincuencia, estallidos sociales, entonces surgen las ONGs como redentoras a salvar a las comunidades, promoviendo proyectos de *"autoayuda", "autogestión"* a pequeños grupos de desempleados pobres, a la vez que reclutaban líderes locales con tentativos sueldos, dividen a las comunidades, apagan incendios sociales, con limosnas caritativas, pagan por reuniones asistidas, donan ropas usadas por gringos y europeos, despolitizan los hechos políticos, lavan cerebros, convirtiendo en seres acríticos, indiferentes a la realidad histórico social, atomizan las organización social y llevan a una desarticulación total de comunidades, otra ora suficientemente organizadas para hacer frente a paquetazos económicos de los gobiernos oficiales.

Las ONG se convirtieron en el rostro comunitario del neoliberalismo y se relacionaron íntimamente con los de arriba y complementaron su labor destructiva. Cuando los neoliberales transferían lucrativas propiedades estatales, privatizándoles para los ricos, las ONG fueron indiferentes a la resistencia sindical y lo que es peor en muchos casos se mostraron activos en la creación de proyectos privados promoviendo el discurso de la iniciativa privada *"autogestión"* al dedicarse a fomentar la microempresa en las comunidades pobres. Pero esto no es todo, las omisiones ante las acciones estatales, religiosas y culturales provenientes del Estado y otros entes llevó asumir el papel de encubridores del etnocidio indígena. No hicieron nada para preservar la cultura y todas sus manifestaciones indígenas pese a estar presentes en las comunidades y pueblos *"trabajando"* en proyectos comunitarios, microempresas, empoderamiento, niñez, genero, sexualidad y otros neologismos creados por ONGs para justificar los ingentes recursos que reciben del exterior. Jamás fueron capaces de reivindicar los derechos de los pueblos indígenas, por el contrario llegaron con nuevos criterios, imposiciones culturales que aceleraron el rompimiento de la visión cosmogónico - filosófica de los pueblos, al implantar nuevos patrones de conducta, hábitos extraños a los pueblos indígenas, destruyeron la unidad y organización comunitaria donde prevalecía el principio de solidaridad con criterios empresariales, de remuneraciones por reunión, indispusieron a líderes de

unas comunidades con otras al llevar a una competencia por los proyectos, empujaron a perder la autoestima con donativos alimentarios, vestido y becas provenientes de padrinos que recibían a cambio fotos de wuawuas despeinados y harapientos, sometieron a una dependencia cultural, ideológica y económica de los países donantes caritativos predestinados a mandar aquí y en el más allá. Nadie escupe el plato que come menos las ONGs.

La cultura indígena en legislaciones

Algunos son los países que empiezan a regular la cultura indígena, así por ejemplo la ley chilena en el capítulo titulado *"Del Reconocimiento, Respeto y Protección de las culturas indígenas dispone:*

Artículo 28. - El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:

a) El uso y conservación de los idiomas indígenas junto al español en las áreas de alta densidad indígena.

b) El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorar positivamente;

c) El fomento a la difusión en las radio emisoras y canales de Televisión de las regiones de alta presencia indígena de programas en idioma indígena y apoyo a la creación de radio emisoras y medios de comunicación indígenas.

d) La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior

e) La obligatoriedad del registro civil de anotar los nombres y apellidos de las personas indígenas en la forma como lo expresan sus padres y con las normas de trascripción fonética que ellos indiquen; y

f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección el patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena."

Del texto anotado se desprende la preocupación que tiene el Estado chileno en legislar algunos elementos de la cultura indígena de los pueblos mapuches, aymaras, rapa nui, o pascuenses, atacameñas, quechuas, coyas, kawashkar, yámana entre otros donde se puede colegir algunos reconocimientos básicos para la preservación de su cultura.

En igual sentido el **gobierno**

guatemalteco tuvo finalmente que aceptar la propuesta de la **Unión Revolucionaria Nacional** la necesidad de preservar elementos culturales de los pueblos originarios como garantía a una estabilidad política del ejecutivo y ante todo como una obligación histórica de conservar y preservar las riquezas intangibles que legaron los mayas y otros pueblos indígenas en Centroamérica y e particular se acordó en el tema de los nombres y apellidos y toponimias en el sentido que el gobierno reafirma el pleno derecho al registro de nombres, apellidos y toponimias indígenas. Se reafirma así mismo, el derecho de las comunidades de cambiar los nombres de lugares donde residen, cuando así lo decida la mayoría de sus miembros. Igualmente el gobierno adoptará todas las medidas para su aplicación y en el tema de la espiritualidad el Estado asume los siguientes compromisos:

1. Reconoce la importancia y la especialidad de la espiritualidad maya como componente esencial de su cosmovisión y de la transmisión de sus valores, así como de la de los demás pueblos indígenas.
2. El Gobierno se compromete a hacer respetar el ejercicio de esta espiritualidad en todas sus manifestaciones, en particular el derecho a practicarla, tanto en público como en privado por medio de la enseñanza, el culto y la observancia. Se reconoce asimismo, la importancia del respeto debido a los guías espirituales indígenas, así como a las ceremonias y los lugares sagrados.
3. El gobierno promoverá ante el Congreso de la República una reforma al artículo 66 de la Constitución Política de la República, a fin de legislar que el Estado reconoce, respeta y protege las distintas formas de espiritualidad practicadas por los pueblos maya, garífuna y xinca.

Adicional a estos compromisos el Estado reconoce el valor histórico y proyección actual de los templos y centros ceremoniales como parte de la herencia cultural, histórica y espiritual maya y de los demás pueblos originarios y no queda ahí todo este patrimonio será administrado por los propios descendientes de los pueblos indígenas.

Finalmente dos elementos básicos que el gobierno se compromete en el tema del conocimiento y la tecnología ancestral y la reforma educativa. En primer caso reconoce la existencia y el valor de los conocimientos y tecnología maya y demas pueblos indígenas, debiendo ser recuperado. desarrollado y divulgado a través de las

universidades, medios de comunicación y más aparatos estatales y no estatales, así como el diálogo de saberes entre la ciencia y tecnología ancestral y contemporánea.

En el tema educativo considerando que es el vehículo más importante para transmisión y desarrollo de los valores y conocimientos culturales debe responder a la diversidad cultural y lingüística, reconociendo y fortaleciendo la identidad cultural indígena, los valores y sistemas educativos ancestrales, el acceso a la educación formal y no formal e incluyendo dentro de los currículos nacionales las concepciones educativas indígenas, para ello el gobierno se compromete a impulsar una reforma del sistema educativo con las siguientes características:

a.- Ser descentralizado y regionalizado.

b.- Otorgar a las comunidades y familias como fuente de educación un papel protagónico en la definición de los currículos y del calendario escolar y la capacidad de proponer y remover a los docentes.

c.- Integrar las concepciones de los pueblos indígenas en sus componentes filosóficos, científicos, artísticos, pedagógicos, históricos, lingüísticos y político-sociales como una vertiente de la reforma educativa integral.

d.- Ampliar e impulsar la educación bilingüe intercultural.

e.- Promover el mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de las comunidades.

f.- Para diseñar la reforma del sistema educativo se conformará una comisión paritaria entre representantes del gobierno y los pueblos indígenas.

En uno de los documentos más importantes elaborados por la Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas sobre territorio, ambiente y desarrollo celebrado en Kari-Oca-Brasil en mayo de 1992 conocido como la **"Declaración de Kari-Oca y Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas"** se considera a todos los pueblos originarios de las Américas, Asia, Africa, Australia, Europa y el Pacífico unidos espiritualmente con la tierra y sus pueblos; y en la constante construcción histórica y compromiso por salvar a la madre tierra declaran entre otros principios: *"los pueblos indígenas, caminamos hacia el futuro sobre las huellas de nuestros antepasados"*. Agregan: *"del más grande al más pequeño ser viviente, de los cuatro puntos cardinales, del aire, la tierra y las montañas, el creador nos ha puesto a nosotros, los pueblos indígenas, sobre la faz de la madre tierra"*. En el documento se

insiste que los pueblos indígenas seguimos sosteniendo nuestros derechos como pueblo a pesar de los siglos de privación, asimilación y genocidio. En tal virtud destaca el documento algunas declaraciones en el tema de la Cultura, Ciencia y Propiedad Intelectual:

86. La destrucción de la cultura siempre ha sido considerada como un problema interno, doméstico de los estados naciones. Las Naciones unidas deben establecer un tribunal para revisar la destrucción cultural de los pueblos indígenas.

87. Necesitamos que los observadores extranjeros entren a nuestros territorios indígenas para vigilar las elecciones estatales para prevenir la corrupción.

88. Los restos y artefactos humanos de los pueblos indígenas deben ser devueltos a sus pueblos indígenas.

89. Nuestros sitios sagrados y ceremoniales deben ser protegidos y considerados como el patrimonio de los pueblos indígenas y de la humanidad. El establecimiento de instrumentos legales y operativos a nivel nacional e internacional garantizaría esto.

90. El uso de idiomas indígenas existentes es nuestro derecho. Esos idiomas deben ser protegidos.

91. Los Estados que han prohibido los idiomas indígenas y sus alfabetos deben ser censurados por la Naciones Unidas.

92. No debemos permitir que el turismo sea utilizado para disminuir nuestra cultura. Los turistas entran a las comunidades y miran a los pueblos indígenas como si formaran parte de un zoológico. Los pueblos indígenas tienen el derecho de permitir o prohibir el turismo en sus áreas.

93. Los pueblos indígenas deben tener los recursos y control necesario sobre sus sistemas de educación.

94. Los ancianos deben ser reconocidos y respetados como maestros de la juventud.

95. La sabiduría indígena debe ser reconocida y promovida.

96. El conocimiento tradicional de las hierbas y plantas debe ser protegido y pasado a futuras generaciones.

97. Las tradiciones no pueden ser separadas de la tierra, territorio o ciencia.

98. El conocimiento tradicional ha permitido la supervivencia de los pueblos indígenas.

99. La usurpación de medicinas y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas debe ser considerado un crimen contra los pueblos.

100. La cultura material está siendo utilizada por los que no son indígenas para conseguir acceso

a nuestras tierras y recursos y así destruyen nuestras culturas.

101. La mayoría de los medios de comunicación en esta Conferencia sólo estaban interesados en las fotografías que podían ser vendidas por una ganancia. Este es otro caso de explotación de los pueblos indígenas. Esto no ayuda a avanzar la causa de los pueblos indígenas.

102.Como creadores y transmisores de civilización que han dado y continúan compartiendo su conocimiento, experiencia y valores con la humanidad, requerimos que nuestro derecho a la propiedad intelectual y cultural sea garantizado y que el mecanismo para cada aplicación esté a favor de nuestros pueblos y sea estudiado a fondo e implementado. Este respeto debe incluir el derecho sobre recursos genéticos, bancos genéticos, biotecnología y conocimiento de programas de biodiversidad.

103. Debemos hacer una lista de los museos e instituciones sospechosos de haber mal utilizado nuestras propiedades culturales e intelectuales.

104. La protección, normas y mecanismos de creación artístico y artesanal de nuestros pueblos deben ser establecidos e implementados para evitar el robo, plagio, exposición y utilización indebidas.

105. Cuando los pueblos indígenas dejan sus comunidades, deben tomar todos los esfuerzos para regresar a ellas.

106. En muchas instancias, nuestras canciones, bailes y ceremonias han sido vistos como los únicos aspectos de nuestras vidas. En algunas instancias, nos han pedido alterar una ceremonia o una canción para cierta ocasión, lo cual constituye racismo.

107. A nivel local, nacional e internacional, los gobiernos deben comprometerse a financiar nuevos y existentes recursos, la educación y capacitación de los pueblos indígenas, para lograr su desarrollo sostenible, para contribuir y para participar en un desarrollo sostenible y equitativo a todos los niveles. Atención particular debe ser dada a las mujeres, niños y jóvenes indígenas.

108. Se debe parar y prohibir todo tipo de discriminación folclórica.

109. Las Naciones unidas deben promover la investigación del conocimiento indígena y promover una red de ciencias indígenas."

Sin duda un documento bien labrado que recoge las aspiraciones históricas de los pueblos indígenas reunidos desde el 25 al 30 de mayo de 1992, que busca ser difundido a nivel de todos los pueblos indígenas o no, se respeta las visiones de otros lados, la

diversidad es un elemento que enriquece los saberes y para canalizar las cosmovisiones de pueblos del mundo la tolerancia es factor imperativo para su convivencia.

Desventajosamente los gobiernos de los estados nacionales poco o nada han hecho frente a estos reclamos a veces desesperados por la galopante destrucción de los recursos naturales, culturales, artísticos, antropológicos, técnico y científicos y más bien ven con celo y preocupación la unidad de los pueblos indígenas en la lucha y resistencia que han iniciado y que cada día empieza encontrar adhesiones de otros pueblos no precisamente indígenas que entienden la necesidad de unir para hacer frente al suicidio colectivo al que nos lleva la civilización.

3. Comunidad económica La minga y su filosofía

La comunidad indígena no se enmarca dentro de una economía de libre mercado, ni desde el punto de vista sociológico existe división de clases sociales antagónicas e irreconciliables, donde prima el individualismo y la ambición patológica de la acumulación y concentración de la riqueza en minorías oligárquicas.

La comunidad indígena cuenta con una economía de subsistencia redistributiva, carente de acumulación, consecuentemente libre de acaparamiento y especulación, se rigen por principios de solidaridad, mancomunidad, igualdad y reciprocidad en el trabajo con el sistema solidario de mingas que hacen posible producir, cosechar y distribuir en forma equitativa y de acuerdo a las necesidades de sus integrantes; la solidaridad se manifiesta en el auxilio al desvalido, al huérfano, a los dolientes por un fallecimiento, con alimentos, vestuario, materiales y la fuente laboriosa en la construcción de la habitación como apoyo la pareja recién casada. Es un precepto consuetudinario la reciprocidad conocido como la *"convidada"*, es decir la auténtica y profunda acción solidaria de los vecinos en *"dar para recibir"*, que es la síntesis dialéctica de la minga milenaria, que en el mundo andino es conocido como el principio o **ley del Ayni**, conocido en el Hatun Cañar como el *Randi* y en la serranía sur como el *presta mano*, es decir la ayuda de hoy es devuelta mañana sin obligación legal y peor medio coercitivo, sino por responsabilidad social y profunda conciencia ético reconocido y aceptado en la comunidad. El circulante monetario, no es indispensable en las relaciones sociales comunitarias, debido a que se comparte entre los

comuneros integrantes de un pueblo lo que se tiene, no lo que sobra sino lo que se posee, las cosas son de quien necesita, en otros casos se practica el trueque de bienes entre pueblos solucionado las necesidades familiares.

Ancestralmente fue común compartir la candela que tenía más de un significado, compartir la candela es compartir la energía, recordemos que el fuego es uno de los cuatro elementos – a más de aire, agua y tierra que es considerado por la visión cosmogónica filosófica indígena como principios generadores de la vida; compartir la candela es también la forma más genuina de una viva solidaridad en la comunidad y a su vez garantiza las buenas relaciones entre la vecindad.

En el mismo sentido se manifiesta la minga milenariamente conocida así en el mundo andino; tequio o fagina en la nación azteca y maya, la labor colectiva, solidaria, que renuncia explícitamente a la remuneración por tratarse de laborar sobre un bien colectivo o por un objetivo común que beneficia a todos en unos casos como la construcción del templo, las obras de irrigación y todas aquellas de carácter colectivo y otras que hoy beneficiando a comuneros, vecinos, mañana puede ser condescendido por quienes recibieron la ayuda –la manito- en las siembras, en la construcción de la vivienda, etc. preciso es indicar que la minga no es solo el esfuerzo físico, el pulso manual, conlleva una compleja y exquisita combinación de otros elementos más esenciales como la enseñanza implícita de los mayores a los menores, la manifestación espiritual de reciprocidad, sensibilidad y gozo que es compartir también la comida, la bebida, la alegría expresado con espontaneidad y con un elemento adicional que es la participación incluyente a niños, jóvenes y adultos; y, de los dos géneros, que tejen la trama social colectiva en todo momento desde su inicio hasta el fin que concluye en una fiesta comunitaria practicada comunal y voluntariamente por adhesión.

Similar situación sucede con los visitantes que arribaban a cualquier vivienda en el mundo campesino, es bienvenido con un plato de mote, a veces acompañado de algún exquisito alimento. En una fiesta quien invita es para convidar lo que tiene como resultado de una buena cosecha, o compartir la alegría, la *"comelona"* en un acto que celebra, al punto que los invitados podían llevar los alimentos a sus casas para el siguiente día, acto conocido como la *"wuanlla"*; todas estas costumbres y

tradiciones son devueltas por el invitado en otras ocasiones, así por ejemplo en tiempos de la celebración del carnaval, donde ya se avizora si la cosecha será buena o mala, la generosidad de *"taita carnaval"* se impone a su rival el *"musuay"*, que simboliza la hambruna; la generosidad de los comuneros rebasa con creces sus teneres. Un comunero invita a sus vecinos para la comelona al almuerzo, otro devuelve a la merienda, y la fiesta transita en cadena de unos a otros durante los tres últimos días de carnaval, evidenciando el principio indígena de la reciprocidad, que se encuentra intrínsecamente en todos los actos del convivir social comunitario.

Es necesario precisar que todos los actos comunitarios conllevan total sinceridad en lugar de la apariencia, la hipocresía. La solidaridad en vez del egoísmo y la convidada en lugar de la concentración, la redistribución en vez del acaparamiento y así podemos ir identificando los valores frente a los antivalores de dos sistemas económicos contrapuestos. En esta línea de pensamiento y acción la **"Declaración de Copenhague"**, en el histórico **"Encuentro de Visiones Abya Yala"** concluye *"... El principio de desarrollo... no comprende solo el factor económico. Las bases de nuestro desarrollo son mantener la unidad comunitaria, fortalecer el mundo espiritual, la libertad física y mental de hombres y mujeres que deben estar fundamentados en el principio del respeto mutuo, la hermandad y la equidad en el comportamiento de los bienes y riquezas comunitarias"*.

4. Comunidad de idiomas

Un requisito para mantener, desarrollar y proyectarse un pueblo es la lengua, no está por demás subrayar que fue el lenguaje lo que posibilitó dar un salto cualitativo en la evolución de la especie humana y hasta ahora el mundo científico con la ingeniería genética confirma que pese a la mínima diferencia del número de genes entre el hombre y el ratón fue entre otros el lenguaje lo que posibilitó el despegue del hombre a diferencia del estancamiento del resto de especies.

En las cartas políticas de los Estados nacionales por norma general declara como única y exclusiva lengua el castellano, notándose el carácter excluyente de las constituciones oficiales que a la postre generó más de un discrimen a otras lenguas de los pueblos originarios y su ulterior desaparición, así en las escuelas el niño que usaba la lengua de sus

ancestros era maltratado, vilipendiado no solo de palabra, sino castigado por sus profesores con la regla en la mano o el fuete en los glúteos para que pronuncie una lengua completamente extraña para su medio y la justificación de los castigos era la rudeza de los alumnos lo que conllevaba aplicar el famoso mandamiento: *"la letra con sangre entra"*.

Ventajosamente la **Asamblea Constituyente de 1998 en el Ecuador** reivindicó entre otros elementos el idioma originario de los pueblos indígenas, así dispone el Art. Primero: *"... El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley"*.

Por su parte el Consejo de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador **CODENPE**, entidad pública que aglutina a representantes de los pueblos indígenas del Ecuador reconoce los siguientes idiomas en la nación:

En la Región Amazónica: Shuar, del pueblo shuar; achuar, del pueblo achuar; alingae, del pueblo Cofan; paicoca, del pueblo Siona; secoya del pueblo Secoya; huaoterero del pueblo Huaroni; záparo del pueblo Záparo, conviene destacar este último idioma que fue declarado por la UNESCO como patrimonio intangible de la humanidad, quizá motivado por que esta lengua se encuentra en el nivel de extinción; y kichua shimi de los pueblos Kichwa.

En la costa y en la sierra hablan el Kichwa los siguientes pueblos: saraguros, cañaris, puruhas, warancas, chimbulcas, salasacas, panzaleos, Quitucara, otavalos, karankis, natabuelas, y kayampis; tsafique, que habla el pueblo Tsachilla; chapala, que habla el pueblo Chachi; awapit, que habla el pueblo Awa; y epera, que habla el pueblo Epera.

En otro capitulo de los Derechos Colectivos, la Constitución Política del Ecuador reconoce y garantiza a los pueblos originarios el derecho a desarrollar y fortalecer su identidad lingüística: Art. 84, numeral 1) *"Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico"*

Ahora todas estas declaraciones que constan en la Constitución ecuatoriana en su parte dogmática en la práctica aún están lejos de ser aplicadas, más cuando la misma carta política en su parte orgánica se desdice con

disposiciones que dejan abierto el ingreso de acciones neoliberales opuestas a los derechos sociales y colectivos.

Pese a toda arremetida de la oficialidad estatal, los esfuerzos de los pueblos indígenas tampoco se han detenido y contra vía luchan para fortalecer la educación intercultural bilingüe que por ahora ya se encuentra institucionalizada en algunos países entre otros el Ecuador.

El gobierno de **Guatemala** cedió las presiones justas y legítimas que la **Unión Revolucionaria Nacional** que reivindicó su lucha entre otros en el idioma al considerarlo como uno de los pilares sobre los cuales se sostiene la cultura, siendo en particular el vehículo de la adquisición y transmisión de la cosmovisión indígena, de sus conocimientos y valores culturales. En este sentido, todos los idiomas que se hablan en Guatemala, merecen igual respeto. Así proponía la imperativa acción de adoptar disposiciones para recuperar y proteger los idiomas indígenas y promover el desarrollo y la práctica de los mismos. A fin de viabilizar la propuesta se acordó que el gobierno guatemalteco adopte las siguientes medidas:

a.- Promover una reforma de la Constitución Política de la Republica que liste el conjunto de los idiomas existentes en Guatemala; que el Estado está constitucionalmente comprometido en reconocer, respetar y promover.

b.- Promover el uso de todos los idiomas indígenas en el sistema educativo, a fin de permitir que los niños puedan leer y escribir en su propio idioma o en el idioma que más comúnmente se hable en la comunidad a la que pertenezcan, promoviendo en particular la educación bilingüe e intercultural en instancias tales como las escuelas mayas y otras experiencias educativas indígenas;

c.- Promover la utilización de los idiomas de los pueblos indígenas en la prestación de los servicios sociales del Estado a nivel comunitario;

d.- Informar a las comunidades indígenas en sus idiomas, de manera acorde a las tradiciones de los pueblos indígenas y por medios adecuados, sobre sus derechos, obligaciones y oportunidades en los distintos ámbitos de la vida nacional. Se recurrirá, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación masiva en los idiomas de dichos pueblos;

e.- Promover los programas de capacitación de jueces bilingües e intérpretes judiciales de y para idiomas indígenas;

f.- Propiciar la valorización positiva de los idiomas indígenas y abrirles nuevos espacios en los medios sociales de comunicación y transmisión cultural, fortaleciendo organizaciones tales como la Academia de Lenguas Mayas y otras instancias semejantes; y

g.- Promover la oficialización de idiomas indígenas. Para ello, se creará una comisión de oficialización con la participación de representantes de las comunidades lingüísticas y la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala que estudiará modalidades de oficialización, teniendo en cuenta criterios lingüísticos y territoriales. El Gobierno promoverá ante el Congreso de la República una reforma del artículo 143 de la Constitución Política de la República de acuerdo con los resultados de la comisión de oficialización.

En tal sentido la mayoría de cartas políticas de los Estados latinoamericanos han acogido aunque en términos de declarativos la preservación de los idiomas indígenas y se han comprometido en adoptar las medidas necesaria para reconocer y fomentar esta riqueza cultural que se encuentra en vías de extinción.

5.- Comunidad de territorio

Un elemento básico para la configuración de una comunidad históricamente constituido es el territorio, considerado éste no solamente por la tierra sino por otros componentes naturales, no menos importantes, consustanciales a la tierra y consecuentemente al hombre, siendo estos: los bosques, el agua, los vientos, los animales, las plantas, la lluvia, los rayos cósmicos, el sol, etc. considerados ritual y culturalmente como seres vivos. Preciso es recordar que nos encontramos confraternizados con todos estos elementos al haber sido formados por las mismas partículas o átomos, encontrando nuestras raíces originarias astronómicamente hablando también en los planetas, estrellas, constelaciones y galaxias, en definitiva en el infinito universo iniciado con el *big bang* hace 15 mil millones de años, que da inicio al espacio - tiempo y posteriormente con el enfriamiento y la combinación de elementos químicos incluso la aparición de las primeras formas de vida desde las más elementales hasta la aparición del hombre. En síntesis humanos y no humanos somos minúsculas partículas elementales integrantes de la naturaleza... de ella venimos, en ella vivimos y a ella volvemos; y

así , el ciclo y la dialéctica no se detiene.

La lucha por la tierra en casi todos los pueblos de América ha sido incansable, dramática y no pocas veces ha habido derramamiento de sangre, unos por conservar, preservar y mantener el equilibrio ecológico, otros con una visión capitalista, que ven a la tierra como un objeto – mercancía - para apropiarla, explotarla al máximo y sacar el mayor provecho económico a esta *"materia prima"*, sin darse cuenta que depredar la naturaleza es autodestruirse, escupir arriba es escupirse a si mismo, hasta la fecha no se conoce a otra especie más depredadora que el hombre.

Hablar solo de tierra, estamos dando un concepto reduccionista, por tanto el término apropiado que engloba todos los elementos que conforman el hábitat es *territorio,* que las comunidades originarias han venido mânteniendo con profundo respeto y veneración al ser considerados desde una visión integral a la *Madre Gea* como la casa grande que nos permite alimentar, beber, respirar, vestir y vivir en plena armonía. Aún queda mucho que aprender y comprender de las comunidades indígenas el valor real que tiene el territorio por parte de las culturas de occidente, si aún se quiere vivir y trascender a través de las generaciones.

La visión de occidente es eminentemente mercantilista, tiene objetivos exclusivamente lucrativos, ello explica la forma como ha expoliado a gran escala los recursos naturales no renovables, al extremo que nos encontramos al filo de un holocausto natural producido por la contaminación ambiental, la erosión de los suelos, la indiscriminada deforestación y la sobreexplotación de todos los recursos naturales que ha llevado a un verdadero apocalipsis ecológico de impredecibles consecuencias, razones no le falta al antropólogo africano **Harry Mendel Fote**, quien califica a la comunidad industrial occidental como cosmofagíca por la agresión de la cultura occidental en devorar el cosmos, contrariamente a los esfuerzos que hacen determinados pueblos como los vegetarianos que renuncian el consumo de fibras cárnicas por respeto a las especies o los ascetas orientales que se cubren la boca para no tragar especies vivas invisibles al momento de respirar.

En este sombrío ambiente son las comunidades indígenas de cada territorio y en especial en la amazonía las que nos permiten aún disfrutar pese a todas las peripecias de esto que se llama vida. Según los estudios del antropólogo **Jesús González**

Pazos el 7% del territorio planetario, es territorio indígena, constituido por selvas húmedas, desiertos, tundras y en este se encuentra el 70% de la biodiversidad de flora y fauna total del planeta. El dato es muy ilustrativo para valorar aún más a los pueblos originarios, por su forma de conservación y preservación de sus territorios en bien de la vida no solo de tales pueblos sino de todos los terrícolas de la Madre Gea.

Carta de la Tierra

En reconocimiento a esta forma de subsistencia indígena la **Conferencia Mundial de la Tierra (Eco 92)** celebrada en Brasil, del 24 al 30 de mayo de 1992 sintetizó en la **"Declaración de Kari-oca y Carta de la Tierra de los pueblos indígenas"** entre otros puntos en el tema territorios destacamos:

"31. -Los pueblos indígenas fueron puestos sobre la faz de la tierra, nuestra madre por el Creador. Nosotros pertenecemos a la tierra. No podemos ser separados de nuestras tierras y nuestros territorios.

32. - Nuestros territorios son totalidades vivientes en relación permanente vital con nuestra cultura. Nuestra propiedad territorial debe ser inalienable, incesante y sin denegación de título. Apoyo legal-económico y técnico es necesario para garantizar esto.

33. - El derecho inalienable de los pueblos indígenas a la propiedad y los recursos, confirma que hemos sido los dueños y administradores de nuestros territorios tradicionales.

Demandamos que esto se respete.

34. - Afirmamos nuestros derechos a demarcar nuestros territorios tradicionales. La definición de territorio incluye espacio (aire), tierra y mar. Debemos promover un análisis tradicional sobre derechos tradicionales de propiedad a todos nuestros territorios.

35. - Donde los territorios indígenas han sido degradados, debe hacerse disponibles recursos para su restauración. La recuperación de estos territorios afectados es la obligación de estados nacionales que no pueden demorar. Dentro de este proceso de recuperación, la compensación por la deuda ecológica debe ser tomada en consideración. Estados nacionales deben revisar con detenimiento las políticas agrarias, mineras y forestales.

36. - Los pueblos indígenas negamos el sometimiento de las leyes no indígenas en nuestros territorios. Los Estados no pueden unilateralmente extender su jurisdicción sobre nuestras tierras y territorio. El concepto

de "Terras Nullu" debe ser borrado para siempre de los libros de leyes de los Estados.

37. - Nosotros, como pueblos indígenas, no debemos alienar nuestros territorios. Siempre debemos mantener control sobre la tierra para futuras generaciones.

39. - Los límites tradicionales de los territorios, incluyendo las aguas, deben ser respetados.

40. - Debe haber algún control a los grupos ambientalistas que ejercen presión para proteger nuestros territorios y las especies dentro de estos territorios. En muchas circunstancias los grupos ambientalistas están más preocupados por el status de seres humanos. Llamamos a los pueblos indígenas a determinar las guías a utilizarse antes de permitir a grupos ambientalistas entrar en sus territorios.

42. - Los pueblos indígenas no deben ser removidos de sus tierras para facilitar el establecimiento de asentadores (colonos) u otras formas de actividad económica en sus tierras.

53. - Los gobiernos colonizadores han cambiado los nombres de nuestras áreas tradicionales y sagradas. Nuestros niños han aprendido estos nombres y han comenzado a perder su identidad. Además, el cambiar el nombre de un lugar minimiza el respeto a los espíritus que habitan estos lugares.

"84. Sentimos la tierra como si estuviéramos en el vientre de nuestras madres. Cuando la tierra está enferma y contaminada, la salud humana es imposible. Debemos curar la tierra y para curar la tierra debemos curarnos a nosotros mismos.

85. Debemos empezar a curar desde el nivel de la base y trabajar hacia el nivel internacional.

Además continúa la **"Carta de la Tierra"** con enunciados que se refieren a la inalienabilidad de las tierras de los pueblos originarios, en oposición a lo que el derecho neoliberal positivista considera "*Terra Nullius*" o en la legislación ecuatoriana como baldías que supuestamente no tienen dueños y según este criterio toda tierra sin dueño pertenece al Estado, situación que es por demás arbitraria, configurándose en una forma explícita de usurpación de las posesiones históricas a la de los pueblos indígenas.

Continúa en su declaración reconociendo la relación armoniosa de los pueblos indígenas con la naturaleza, los modelos de desarrollo sostenibles, las estrategias de desarrollo y valores culturales deben ser respetados como distintos y vitales fuentes de conocimiento.

Finalmente se subraya la presencia

de los pueblos indígenas desde sus orígenes en el tiempo. *"Hemos vivido y mantenido la tierra como fue desde el primer día"*, y conminan a las personas que no respetan a la tierra y tratan como una cosa a pretexto del *"desarrollo"* irse de la tierra.

Como se desprende el fragmento del texto de la **"La Carta de la Tierra"** es un grito desesperado contra la forma desarrollista y desenfrenada promovida de Occidente por un lado y el aporte invalorable de los pueblos indígenas que participan a la humanidad entera a través de medios alternativos para la preservación de los frágiles ecosistemas.

Entonces al hablar de territorialidad no solamente entendemos como el derecho a una parcela o pedazo de tierra sino al derecho que tiene sobre sus posesiones ancestrales de nuestros mayores cultivados, preservados y respetados con suma grado. La tierra no solo es una parte de la selva que las leyes estatales llaman baldías al espacio superficial, nuestros mayores consideran parte integrante de la tierra el Ucu Pacha (Lo que está adentro) donde los Supay (ser poderoso demonio) tienen sus moradas y desde donde el Yachay (sabio) da la fuerza protectora y generadora de vida a plantas, animales y seres humanos florezcan. Es también el Jahua pacha (lo que está arriba) donde se encuentra la fuente de energía vital cósmica y otras fuerzas como la lluvia, las nubes, los vientos, huracanes, rayos y truenos que nutren la vida del Kaipacha (lo que está aquí) que asocia la vida de la naturaleza y los humanos. Por ello cuando se dicen recursos naturales, suelos o reservas y parques sin entender sus asociaciones es como si destruyeran o mutilarán la vida misma, razón suficiente para que los pueblos indígenas de Pastaza-Ecuador agrupados en la OPIP afirmaran defender la heredad territorialidad (tierra y sus recursos naturales) de sus mayores significa impedir la destrucción de las fuerzas que forman parte la vida de sus territorios.

Diferencia entre tierras y territorios

Según el **Instituto Interamericano de Derechos Humanos** diferencia entre territorio y tierra de la siguiente manera:

"Territorio se refiere a un área geográfica a un espacio de la naturaleza que se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo.

Tierra se refiere a la porción dentro de ese espacio que es apropiable por un individuo o una persona jurídica. El primero es

derecho de pueblos, y el segundo de personas. El primero crea la posibilidad de ejercer control y autoridad sobre el conjunto de los recursos y sobre los procesos sociales que allí se dan; el segundo el de aprovechar productivamente el suelo sin interferencias de otras personas. Cuando los pueblos indígenas reclaman derechos sobre los territorios que ocupan y que han ocupado tradicionalmente, se refieren a la posibilidad de ejercer influencia y control sobre lo que ocurre en esos espacios, como se usan y se disponen de ellos; se refieren a la posibilidad de participar como colectividades en las decisiones que afectan a esos territorios y a los recursos allí existentes; se refieren a la posibilidad de intervenir en el gobierno de las sociedades allí asentadas".

Eduardo Galeano en su obra ***"De Memoria de fuego: los nacimientos"*** recoge un poema indígena por demás decidor de la visión indígena sobre la Pachamama:

"¿Qué tiene dueño la tierra?
¿Cómo así?
¿Cómo se ha de vender?
¿Cómo se ha de comprar?
Si ella no nos pertenece, pues.
Nosotros somos de ella.
Sus hijos somos, así siempre, siempre.
Tierra viva.
Como cría a los gusanos, así nos cría.
Tiene huesos y sangre.
Leche tiene y nos da de mamar.
Pelo tiene, pasto, paja, árboles.
Ella sabe parir papas.
Hace nacer casas.
Gente hace nacer.
Ella nos cuida y nosotros la cuidamos.
Ella bebe chicha, acepta nuestro con vite.
Hijos suyos somos.
¿Cómo se ha de vender? ¿Cómo se ha de comprar?"

Desde la concepción oficial el territorio constituye elemento consustancial del Estado para que su pueblo pueda desenvolverse dentro del marco jurídico estatal y su competencia en el ámbito interno y externo, recordemos que es uno de los elementos constitutivos al Estado. En efecto, juristas y politólogos sostienen *"no hay Estado sin territorio"*.

Desde la visión indígena uno de los derechos colectivos inherentes a la vida de las comunidades es el territorio, el acceso al uso y disfrute de recursos naturales. Contrario a la visión liberal positiva no solo es el espacio físico -geográfico- o simbólico sino además todo el contexto histórico, social, cultural y político de un pueblo, lo que permite tomar

decisiones sobre el conjunto de los recursos naturales para definir como se usan, disfrutan y como se dispone de ellos. Reiteramos que estos pueblos cuentan con conocimientos y técnicas ancestrales y que el territorio está articulado a su cosmovisión conformada por las creencias, rituales, lugares sagrados, incluso su organización social se relaciona con la ocupación y distribución adecuada de los recursos naturales; no sin otra razón las poblaciones originarias se asentaron básicamente junto a las fuentes hídricas solo para citar un ejemplo.Es preciso indicar que se refieren también a los territorios que actualmente ocupan, pese a que no han ejercido su dominio desde el inicio como la generalidad de pueblos indígenas, no obstante debido a múltiples factores y circunstancias han forzado a las comunidades a migrar de un lugar a otro como el caso de los Aymaras, que se encuentran en zonas del Perú, Bolvia, Chile y Paraguay; los Kichuas en Ecuador, Perú y Bolivia, incluso des-cendientes de la nacionalidad Cañari encontramos en la población del Desaguadero -límites entre Perú y Bolivia- y todos los mitimaes que se han extendido a lo largo de los andes y actualmente las masivas migraciones de todo el mundo a las metrópolis de los Estados Unidos de Norteamérica y Europa.

El territorio como derecho colectivo consustancial a los pueblos indígenas es reivindicado por el **Convenio 169 de la OIT** así dispone en su Art. 13:

"1. -Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utiliza de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esta relación.

2. -La utilización del término <<tierra>> en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de <<territorio>>, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera."

La disposición trascrita es más clara que la luz del día, la propiedad y posesión no se refiere solo a las tierras sino al territorio, ocupación, utilización es sinónimo de uso y disfrute, los criterios legal positivista reduccionistas no pueden afectar o vulnerar sus alcances reales del concepto de derecho colectivo.

Reconocer la autonomía como un derecho colectivo de rango constitucional cuyo sujeto es el pueblo indígena, requiere de una noción flexible de territorialidad que implica continuidad o discontinuidad, permanencia o movilidad. Esta puede ser una alternativa ante la inviabilidad política de lograr el reconocimiento absoluto de los territorios históricos, dada la situación actual, donde dichos territorios han sido ocupados o sobrepuestos con sujetos de derecho distintos a los originales que han creado o adquirido *"derechos"* de facto sobre los mismos. Podríamos sustentar la preeminencia del derecho de los pueblos indígenas pero ello no superaría el peligro de una confrontación civil.

La autonomía que reivindican los pueblos indígenas se sustenta en el derecho a la libre determinación establecido en el convenio 169 de la OIT, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y numerosos instrumentos internacionales sobre prevención de la discriminación.

Finalmente la propiedad sobre la tierra a más de cumplir la función social que tanto se ufana declarar en algunas legislaciones latinoamericanas es necesario privilegiar la función ecológica que debe cumplir la tierra y esto solo lo aplican los pueblos indígenas, considerados como los primeros ecologistas de la historia.

El Territorio en la legislación ecuatoriana

La legislación ecuatoriana arbitrariamente concede al Estado la propiedad de todas las tierras que carezcan de otro dueño en su Artículo 605 del Código Civil, quizá tenga una explicación, el código sustantivo referido es una elaboración casi clonada de la legislación romana y francesa que **Andrés Bello** trajo al Ecuador cuando se expidió en 1861 y su vigencia se mantiene hasta la fecha.

En igual sentido el Art. 1, numeral primero de la **Ley de Tierras Baldías** establece:

"Son baldías y, por consiguiente, forman parte del patrimonio del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, las tierras que a continuación se expresan:

1. - Todas las que, formando parte del territorio nacional, carecen de otro dueño"

Por su parte el Art. 24, literal a) de la Ley de Desarrollo Agrario bajo el título Atribuciones del INDA dispone:

El Instituto Nacional de Desarrollo

Agrario tendrá las siguientes atribuciones: a) "*Otorgar títulos de propiedad a las personas naturales o jurídicas que, estando en posesión de tierras rústicas y teniendo derecho a ellas, carecen de títulos de propiedad*".

Finalmente el Artículo 25, bajo el título Patrimonio del INDA en numeral primero de la misma Ley de Desarrollo Agrario establece: 1. - "*Todas las tierras rústicas que formando parte del territorio nacional carecen de otro dueño;*

2. - *Las que mediante resolución que cause estado al amparo de la Ley de Desarrollo Agrario, de Tierras Baldías y Colonización, entraron al patrimonio del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario y aún no han sido adjudicadas;*

3. - *Las que sean expropiadas en aplicación de la presente ley;*

Se exceptúan expresamente del patrimonio del INDA las tierras que, de conformidad con su Ley de creación del INEFAN la pertenezcan"

Los dos cuerpos legales citados pecan de ignaros y arbitrarios al disponer que todo predio que carece de otro dueño pertenece al Estado y no se refiere a los nevados, predios que se encuentran en la rivera del mar sino a todos los páramos, montes, chaparros, páramos que históricamente vienen siendo conservados y preservados por comunidades indígenas, quienes pastorean, cultivan, usufructúan, en consecuencia estos predios tienen dueños y dejaron de ser baldíos ancestralmente.

Más adelante el Art. 715 del Código Civil trata de enmendar este horror al disponer "*el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo*" al respecto el jurista argentino **Alexandri** sostiene "*cuando se reputa al poseedor como dueño no se trata de una simple presunción como erróneamente se puede afirmar sino como una realidad, como un hecho, como un acto corpus, vale decir la tenencia sumada a la intención –animus*" y más adelante agrega "*reputar no es presumir, es, tenerlo como dueño y en tal virtud, estar en capacidad de disponer libremente del bien de que se trate*" su argumentación jurídica es irrefutable con lo que queda ratificado que los pueblos indígenas son dueños de los territorios que históricamente han mantenido, conservado y preservado en bien de sus comunidades.

En el Ecuador existe una fragmentación legal en cuanto a regulación de los recursos naturales así tenemos a más del Código Civil y la Ley de Desarrollo Agrario, la Ley de Minería, Ley Forestal, Ley

de Gestión Ambiental, Ley de Aguas, todas con sus reglamentos y cada municipio con sus Ordenanzas Municipales que regulan el ordenamiento territorial de su jurisdicción.

6. Comunidad autónoma

Dejamos anotado que el derecho clásico reconocía fundamentalmente los derechos individuales, a raíz de la revolución industrial nacieron los también revolucionarios derechos sociales y en la actualidad emergen con fuerza los derechos colectivos que tienen a un nuevo sujeto de derecho: los pueblos indígenas.

El convenio 169 de la OIT, si bien no establece de manera explícita el derecho a la libre determinación, si consta en forma implícita desde su preámbulo, la necesidad de que los pueblos controlen sus instituciones, así dispone el sexto inciso *"Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*". En igual sentido el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT dispone *"1. - Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en las medidas en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan a utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo que es posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*".

EL convenio 169 sobre los Pueblos indígenas ha sido ratificado por el gobierno y el congreso ecuatoriano, por tanto los pueblos indígenas del Ecuador tiene garantizados su ejercicio pleno al derecho de la libre determinación y autogobierno como condiciones básicas para el desarrollo de los pueblos indígenas.

En definitiva la autonomía es la capacidad para decidir los asuntos fundamentales de acuerdo a su visión cosmogónica filosófica, preceptos y diversidad cultural, en su más amplio sentido donde cultura comprende la organización social, económica, política, administración de justicia, valores, permitiendo construir su destino sobre el camino y huellas de sus ancestros.

En el caso de América Latina y en particular del Ecuador lo que propugnan los pueblos indígenas es el reconocimiento histórico no solamente como etnias sino como nacionalidades indígenas garantizados en la Carta Magna, y en ningún momento ha cruzado por la mente de la dirigencia y sus bases sociales la intención de los pueblos indígenas de separarse del Estado nacional.

Mucho se ha satanizado que la autonomía indígena generaría la balcanización del estado, afectaría la soberanía, generaría una inminente secesión, afección a la unidad nacional, fragmentación en mil pedazos del Estado sin estabilidad, seguridad jurídica y provocaría una guerra civil, afirmación por demás antojadiza que no tienen sustento jurídico, político peor social, y solo demuestra la acostumbrada hegemonía de dominación iniciada en tiempos de la conquista, sostenida sistemáticamente a lo largo de la colonia y aún virulenta que enfila amenazante en contra de legítimos derechos de las nacionalidades indígenas.

Para ilustrar de mejor manera se puede hacer un símil con al autonomía municipal que los gobiernos locales administran en el Ecuador, con competencias determinadas en la Ley de Régimen Municipal, descentralizados, sin embargo ello no implica autonomía total, su accionar debe estar regulado y en determinados ámbitos se complementan entre el gobierno central o nacional y el gobierno municipal o local respetando competencias y atribuciones. Los municipios son una especie de pequeños Estados nacionales que tienen un ejecutivo –alcalde y sus directores seccionales, gerentes de empresas municipales, delegados- encargados de diseñar, planificar y ejecutar las políticas de desarrollo local para la provisión de servicios básicos de la población cantonal. También es atribución del gobierno municipal ejercer la administración de justicia a través de sus comisarios municipales en ámbitos de control urbano, rústico, mercados, publicidad, ambiente, ruido, seguridad, etc., etc. Además el ejecutivo es colegislador en la elaboración de ordenanzas, reglamentos, instructivos y resoluciones con el cuerpo edilicio –concejo municipal- que tiene también la función fiscalizadora al ejecutivo.

Como se evidencia la autonomía de los municipios no ha balcanizado al Ecuador, tampoco ha fragmento la unidad nacional, peor se ha generado una guerra civil, por el contrario se complementan

recíprocamente gobierno central con gobierno local y lo que es más en el Ecuador cada día son reconocidos los importantes avances de los municipios de Quito, Guayaquil, Cuenca, Loja, Cotacachi, Manta, entre otros por su gestión en base a un conocimiento real y directo de sus problemas, realidades, aspiraciones y visiones.

Andre Hoekema anota que la autonomía no implica secesión de un pueblo con su territorio del territorio nacional, ni conformación de entidad pública fuera del Estado. La autonomía sostiene el autor *"implica el reconocimiento de pueblos indígenas como entidades públicas, con capacidad legal y con garantía de poder emitir normas dentro de sus jurisdicción y de participar en la elaboración de las políticas estatales, departamentales, etc. Implica el reconocimiento de un hecho social sumamente importante: la existencia de entidades sociales diferentes con su propia identidad y propio tipo de solidaridad, con sus propias instituciones, valores y normas, una visión del mundo propio, una manera propia de producir y distribuir los bienes, de conformar y mantener el orden social."*

Autonomía es autogobernarse, autoadministrar los recursos humanos, naturales, económicos, culturales, construir normas, legislar y proveer justicia a los integrantes de la comunidad indígena. Es una forma de ejercer la libre determinación, lo que implica que una comunidad cuente con gobierno, idioma, historia, sistema económico, territorio y jurisdicción.

1. Gobierno propio

Una administración político-administrativo conformada por ancianos y luego por líderes que conformaban el cuerpo directriz que guía los destinos de sus pueblos procurando el bienestar colectivo. Un sistema político participativo de los comuneros que garantiza la cohesión social. En fin un sistema de gobierno ayllucracia, sustentado en la armonía y respeto a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad que es la gran frater familia, guiada por los mayores maestros de la vida, garantía del equilibrio del cosmos.

2. Idioma

La lengua permite comunicarse y trasmitir a sus descendientes todos los preceptos, normas y cosmovisión para su conservación y continuación en el tiempo.

3. Historia propia

La historia a decir de **Cicerón** es *"la luz de la verdad, testigo de los*

tiempos y la maestra de la vida", por tanto es ineludible que todo pueblo cuente con una cadena de hechos, sucesos y en el caso de los pueblos indígenas cargado de cadenas sobre sus espaldas y resistencia constante, una historia de supervivencia aún interminable.

4. Sistema económico

Desde la recolección de frutos, la cacería, la pesca y más adelante la labor colectiva en actividades de agricultura más desarrolladas y a posteriori administrar bajo el principio de la redistribución en función de las necesidades de sus integrantes, permitió la conservación de la especie y luego proyectarse como pueblos indígenas hasta la fecha.

5. Territorio

Los pueblos originarios se asentaron en determinados territorios en función de las bondades que brinda la naturaleza, fundamentalmente el agua, además de la leña, el pasto y otros elementos que permitan su supervivencia. Poseían, usufructuaban lo que les dio derecho a contar con el territorio. Ahora excepcionalmente algunos pueblos han tenido que migrar y ahora encontrar lejos de sus territorios originarios y más bien hayan constituido nuevos asentamientos indígenas en territorios distintos no significan que hayan dejado de ser pueblos indígenas, por el contrario si conservan los otros elementos con plenamente considerados como tales.

6. Jurisdicción

Esta facultad para ejercer justicia, previniendo y realizando correctivos a los integrantes de la comunidad que inobserven las normas consuetudinarias aceptados como válidos y efectivos por la colectividad implica un reconocimiento explícito de la capacidad que tienen los pueblos indígenas.

Libre determinación en la declaración de Viena

La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena acordó la siguiente definición de libre determinación: *"Entendemos por libre determinación como el derecho que tienen nuestros pueblos a poseer, controlar, administrar y desarrollar un territorio-actual o ancestral-jurídicamente reconocido y respetado, dentro del cual un pueblo, sin injerencias de ninguna especie, desarrolla, recrea y proyecta todos los aspectos de su cultura particular y específica. En esos territorios nuestros pueblos implementan su propio modelo y*

opción de desarrollo según sus propias concepciones cosmogónico-filosóficas de la economía y de su relación con la naturaleza, controlando efectivamente, los recursos del suelo y del subsuelo"

Elemento de la libre determinación

De la declaración de Viena extraemos tres elementos fundamentales que configuran la libre determinación

a. Derecho a poseer, controlar, administrar y desarrollar un territorio actual o ancestral

Derecho al territorio implica utilizar y usufructuarlo, vigilar, supervisar y administrar todo lo que ofrece la Pachamama, incluso los recursos del subsuelo; y una situación muy importante que reivindica la declaración de Viena es referente a los territorios actuales o ancestrales, es precisamente porque unos pueblos mantienen inmemorialmente sus asentamientos colectivos y también aquellos pueblos que se encuentren recientemente, por efectos de las migraciones que la historia atestigua que no son de última hora sino por el contrario, existió siempre y por tanto nada ni nadie impedirá los desplazamientos actuales y futuros. Posiblemente las migraciones producidas históricamente fueron consideradas para esta declaración, recordemos en el Ecuador como pueblos indígenas migraron del campo a la ciudad, de la sierra a la costa, de la sierra al oriente, hoy tanto del campo como de la ciudad hacia las metrópolis norteamericanas y europeas llevando sus costumbres, idiomas, cultura y todo lo concerniente a la identidad indígena.

Las migraciones

Las primeras migraciones obedecieron a factores climáticos que provocaron grandes desplazamientos humanos estacionarimante de un lugar a otro. Las migraciones de hoy en cambio obedecen a persecuciones, inseguridad, pobreza, guerras, terrorismo, generalmente de Sudamérica a Norteamérica y de África a Europa. Ahora pese al sentimiento cosmopolita del mundo se crean cantidad de restricciones, cerrando fronteras por parte de los países del Norte a quienes pretenden migrar calificando de intrusos, delincuentes, malvados, indocumentados, alegan que llegan a dañar las buenas costumbres, generan delincuencia, prostitución, mendicidad, tráfico de

drogas, terrorismo, promiscuidad, etc. En Estado Unidos los latinos, rebasaron cuantitativamente a la población africana; a comienzos del tercer mileno, los latinos constituyen la primera minoría de Norteamérica distribuida en este orden 59% mexicanos; 15% de América Central; 11% Sudamérica; 10% caribeños y 4% dominicanos. Antes de la conquista española también surgieron migraciones como del pueblo maya, aymara, el pueblo cañari se encuentra desplazado en zonas andinas del Perú y Bolivia –Desaguadero- conservando íntegramente su cultural originaria. Pero las migraciones no siempre están compuestas por pueblos pacíficos que van con su laboriosidad a mejorar las condiciones de vida, sino también la historia registra olas migratorias transatlánticas de los siglos XVI al XIX de unos 50 millones de seres humanos compensaron cuantitativamente el genocidio indígena de la conquista, solo en México central, entre 1519 y 1605 la población bajó de 20 millones a un millón.

b. Reconocido y sin injerencias

El reconocimiento estatal de sus sistemas normativos internos para la regulación y aplicación del Derecho Indígena a sus pueblos es un imperativo categórico de desarrollo y proyección social a nivel individual y colectivo, enfatizando que este reconocimiento va a la par con el respeto a los derechos fundamentales y garantías ciudadanas y colectivas dispuestos en la Constitución Política, Declaración de los Derechos Humanos y los convenios internacionales. Al hablar de reconocimiento estatal estamos explícitamente respetando la jurisdicción indígena, por consiguiente queda vetada la posibilidad de injerencia estatal en los asuntos internos de la comunidad. La no intervención del Estado permite el respeto real a la libre decisión de la comunidad en cuanto a la forma de designar a sus gobernantes, su control, administración de justicia, acceso a la tierra y los recursos del subsuelo como legítimos y originarios dueños, entre otras actividades de conformidad con las tradiciones peculiares de cada pueblo.

c. Implementar su visión y opción de desarrollo

Ejercer el derecho a desarrollarse como pueblos con sus formas originarias y específicas de organización social, cultural, espiritual, política, económica, y diversos componentes de su identidad. Esto posibilita contar con visiones de desarrollo

diversos, creativos y alternativos al esquema unipolar, hegemónico y prepotente que privilegia derechos individuales de una élite oligárquica y excluyente a amplios colectivos sociales que emergen como opción real a otra forma de vida comunitaria, solidaria que privilegia la visión cosmogónica filosófica de profundo respeto por la naturaleza.

Para concluir, según la tradicional teoría del Estado, son elementos propios y constitutivos: pueblo, territorio y soberanía; mientras que desde la perspectiva indígena sus elementos preponderantes son pueblos, territorios y autonomía – libre determinación- No es casual esta aparente dicotomía si recordamos el origen histórico del derecho en los pueblos originarios en América, por la precedencia de estos pueblos hoy llamados indígenas respecto a la constitución misma de los Estados nacionales.

Los pueblos indígenas aparecen en los hechos defendiendo al Estado frente a la tendencia a su debilitamiento y adelgazamiento, se requiere un Estado fuerte para garantizar a los pueblos indígenas el ejercicio de sus derechos frente a intereses hegemónicos políticos y económicos, nacionales y transnacionales.

CAPITULO SEXTO

Definición de derecho indígena

Con el advenimiento o resurgir del movimiento indígena en los países del continente americano, en unos pueblos con más fuerza que otros, empieza a aflorar uno de los elementos básicos de los pueblos indígenas para su convivencia como es su sistema jurídico o derecho indígena. Este sistema jurídico no es nuevo, es el más antiguo en todos los pueblos del mundo y de la Abya Yala en particular, es consustancial al origen de la comunidad indígena, razón suficiente para calificar como **derecho histórico**. Nació siglos antes que el derecho positivo oficial, solo que ahora empieza a reivindicarse con mayor fuerza debido al fracaso estrepitoso en unos Estados del derecho oficial o la poca efectividad que ha logrado en resultados concretos, la justicia formal. A ello necesariamente tenemos que agregar la crisis de valores éticos de la sociedad capitalista, la carencia de un derecho alternativo efectivo, y frente a la reivindicación histórica del movimiento indígena que pretende legítimamente alcanzar de sus lenguas, la medicina, interculturalidad y desde luego la justicia, entre otros elementos de su convivir social.

El derecho indígena existe históricamente al margen de códigos escritos en el tradicional derecho liberal, ello implica en una necesaria distinción entre Derecho Histórico y Derecho Positivo entendido este último como el que se incluye literalmente en las Constituciones Políticas de los Estados Latinoamericanos y sus respectivas leyes nacionales; por ello, necesaria es, una reforma constitucional de la concepción del Estado.

En síntesis, las presentes reflexiones constituyen un esfuerzo crítico que deslinda al campo del

Características del derecho indígena

1. Preceptos y normas milenarias de pueblos originarios

Es necesario insistir que el Derecho Indígena no tiene normas escritas recopiladas en un cuerpo legal o código; sin embargo, existen los preceptos desde tiempos inmemoriales y varias Constituciones de los Estados Nacionales empiezan ha recoger con un tácito reconocimiento, incluso en algunos países como el caso chileno se ha llegado a dictarse un marco legislativo, sintetizado en la Ley Indígena Chilena. En el Ecuador tuvo que pasar 168 años desde su creación como Estado nacional, para que la Asamblea Constituyente de 1998-1999 incorpore en la Carta Política un capítulo que trate sobre **"Los Derechos Colectivos"** y más adelante en el Art. 97, numeral 20 reconozca los preceptos del mundo andino, descritos a continuación:

Art. 97. - *"Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:*

Numeral 20. - "Ama quilla, ama llulla, ama shua. No ser ocioso, no mentir, no robar"

Esta trilogía del derecho indígena es la base para la cohesión comunitaria, al predicar y coherentemente practicar labores, haceres en vez de la improductividad, labor que será igual para todos como derecho y deber a la vez. Tesis que difiere por completo de la concepción teológica cristiana que considera al trabajo como un castigo, debido a la maldición que Dios impuso a la *"desobediencia"* de **Adán y Eva** por el pecado de haber disfrutado la fruta prohibida, al ser echados del paraíso.

Ex profesamente omití anotar la palabra **trabajo** que se deriva del latín traba –*trabs*- que consiste en el grillete que usaban los esclavistas para evitar que lo esclavos presos no puedan liberarse. Otra acepción parecida proviene de la voz latina *tripalium, tripaliare*, que significa tortura, motivos suficientes para no utilizar la palabra trabajo por su acepción que lejos de reivindicar el derecho a una labor digna y virtuosa recuerda la tortura y esclavitud de antaño y presente en forma velada en todo el mundo capitalista.

Asimismo el término trabajo es demasiado genérico y conlleva una elevada dosis de ambigüedades, se emplea para quejarse del sometimiento, lo fastuoso, forzoso, impositivo; no obstante

también sirve para destacar lo virtuoso, la satisfacción y la dignidad. Para los teólogos se trata de una maldición divina, para los economistas es el bien supremo del que todos deben participar, más muchos ciudadanos siguen haciendo filas interminables en busca de poder laborar, y para los capitalistas neoliberales no son sino especies desechables. La ambigüedad del término nos conduce inexorablemente a una relatividad en su concepto, tener una actividad laboral es bueno, más ser explotados desde la infancia no deja de ser repudiable. En tiempos de la esclavitud y feudalismo, visible fue la relación de clases sociales entre la clase dominante –nobles- que habían nacido para dominar a los siervos –villanos- y estos últimos no tenían sino el *"derecho"* a trabajar gratuitamente o morir de hambre, más tarde en la sociedad capitalista, fruto de las luchas sociales con derramamiento de sangre, incluso se conquistó el pago de un estipendio, para desventura del proletariado jamás justo, todos conocemos que tras este salario se escondía la explotación del capitalista, tal como destaca y demuestra admirablemente **Carlos Marx** en su análisis de la *Plusvalía* –parte indebida que no se paga al trabajador. En definitiva ni la sobreexplotación ni la vagancia extrema equilibra el deber ser del ser humano laborioso por naturaleza, destacando que la labor no solo es la física, muscular, sino también intelectual, la capacidad de razonar y pensar. Se dice que pensar es filosofar..., entonces todos somos filósofos y a la vez todos laboramos. Al respecto las expresiones del filósofo francés **Alfred Jacquard** son decidoras "*la ociosidad es la madre de de todos vicios, pero el exceso de trabajo es el padre de todas las sumisiones*"

A más de la trilogía anotada encontramos en los pueblos andinos quichuas otro precepto: *Shuc shunculla, shuc yuyailla, shuc maquilla y shuc shimilla.* Un solo corazón, - más precisamente sería un solo hígado, el pensamiento indígena llama shungo al hígado, por ser el órgano que determina el carácter o estado de ánimo de las personas- un solo pensamiento, una sola mano, una sola lengua. De este precepto se extrae la armonía comunitaria que debía existir como prevención de la enfermedad social que se traduce en la trasgresión o inobservancia del precepto milenario, cometidos por acciones de los comuneros que alteran el equilibrio social; y con el paso del tiempo sobre este precepto se han

edificado nuevos valores y convicciones que rigen la relación comunitaria de solidaridad, igualdad, mancomunidad y reciprocidad.

Finalmente existen determinadas normas implícitas, es decir que no están expresamente considerados como mandatos o normas, sin embargo son sancionados a quienes infringen algunas normas de convivencia individual, familiar, vecinal o comunal y su inobservancia trae como sanción determinados actos que alteran la armonía comunal como son el adulterio, la agresión física y verbal, las injurias, difamaciones, el chisme, los cuentos, al irrespeto a los mayores, a las autoridades, el incumplimiento de los deberes comunitarios como las mingas, la indisciplina, el robo, el homicidio, el asesinato, los conflictos de linderos, tierras, aguas, incendios etc. etc. que más delante revisaremos todos los conflictos, jurisdicción, autoridades, procedimientos y correctivos.

2. Concepción cosmogónica filosófica

Cada pueblo cuenta con su pensamiento filosófico *-patrimonio intangible-* que guía la convivencia social de sus miembros, sustentado en el pasado histórico, que determina el presente del hoy fugaz y casi imperceptible, proyectando el devenir de los nuevos tiempos. Este pensamiento filosófico varía mínimamente de unos pueblos a otros, sin embargo su estructura y configuración guardan estrecha relación.

Para el pensamiento indígena andino el tiempo es circular, viene y va, –**Pachakutik**- cada período llega con mejores tiempos a depurar lo malo, curar lo enfermo. Por su parte el desarrollo histórico-social de los pueblos es dialéctico, surgen avances, altibajos, retrocesos y a veces saltos inesperados. Su concepción es integral, holística, considera a la naturaleza, hombre y Pachamama como un todo que conviven interrelacionados, es un ser vivo total y cuando unos de estos elementos se alteran también altera todo, vulnerando su vitalidad. Los seres humanos tienen energía, igual que todas las plantas, animales, porque el hombre es la naturaleza misma en movimiento constante, por tanto el hombre no domina ni pretende dominar, es interdependiente, coexiste y convive.

Todas las sociedades originarias se regían por designios femeninos y consideraban a la tierra como su madre que da nacer de su vientre, da vida y muerte e inhumación significa el retorno a su vientre. Así su concepción espiritual

cósmica creía en una renovación constante, teniendo como madre la tierra, implicaba que todo lo que existe en ella plantas, animales y seres humanos no eran sino hijos de la Pachamama en consecuencia sujetos a sus leyes y designios. Esto se evidencia con una de las estatuas más antiguas descubiertas hasta la fecha, la famosa **Venus de Willendorf**, escultura en piedra calcárea que data del año 26.000 a. C. y otras esculturas más antiguas -30.000 a C.-, figuras que son de pequeños tamaño entre 3 y 22 centímetros, esculpidas en piedra, hueso y marfil que representan mujeres, destacando el símbolo materno a través de sus vulvas, los seños, las nalgas y vientre embarazadas. Hay temas aún descifrados sobre el significado de la sexualidad, el enigma de la concepción y el parto, pero si entendido el ciclo femenino concordante con el ritmo de la luna y la idea de la tierra entendida como vientre que nace y renace constantemente. Esta concepción cosmogónica filosófica no es exclusiva de la prehistoria sino también de tiempos recientes relativamente hablando, destacando entre los egipcios la diosa **Isis** que es acreedora de poderes divinos y humanos, además se le acredita la invención de la agricultura; para los sumerios la diosa Nidaba fue la inventora de arcilla y del arte de escribir; en Mesopotámica la diosa Ninli, la maestra de la agricultura; en la india la diosa **Sarasvati** es la inventora del alfabeto; situación similar sucede para el pueblo de Babilonia con **Isthar**, Escandinava con **Freya**, en Canaán con **Anath**, Fenicia con **Astarté**. En definitiva para la mayoría de pueblos prehistóricos y de la antigüedad fue la Diosa madre – tierra- quien da la vida, quien la protege, cría a sus hijos y en su ocaso los abraza en su vientre.

Mientras persiste la armonía natural en la vida social de la comunidad no hay problemas, conflictos, contraposiciones. Sin embargo siempre encontramos la dualidad día-noche, frío-calor, arriba-abajo, positivo-negativo, también la energía consustancial al ser se expresa a través del **Sami**, energía pura, sublime, profunda, fluida, infinita y refinada, se encuentra en el *Hana Pacha* – lo de arriba de la tierra- el circulo o esfera exterior, el mundo en potencia, lo que inminentemente viene, lo que sucederá irreversiblemente, esto explica nuestro lenguaje usado en potencia, utilizamos el verbo ser y estar en potencia. Vgr. Alli llachu Kanqui (cómo está Ud.) -Allilla, mana allilla purikun (entre bien, entre mal estamos pasando). También se usa: Estamos yendo,

estamos haciendo, estamos pensando, estamos viviendo, estamos sembrando, un lenguaje en movimiento y tiempo potencial. Esta energía sublime desde el *Hana Pacha* irradia a Taita Inti-Padre Sol-, Mama Killa –Madre Luna-, Pachamama -naturaleza-tierra- Apu –montaña-, *Mama-qocha* –lagos, océanos, ríos- hacia el hombre dando fuerza, vitalidad. Contrario a la buena energía encontramos el *Hucha*, energía densa, desarmonizada, lo que origina el mal genio, estrés, enfermedades, peleas, conflictos, desequilibrio en definitiva la enfermedad social.

Si el *Hana Pacha* proviene de lo alto, el *Uku Pacha* aflora de lo más profundo del interior de la tierra, fluye hacia fuera, hacia el espacio y se expresa en el tiempo pasado, lo que dio origen, lo que determinó el presente, el hoy que no es sino el *Kay Pacha*, lo que esta aquí, que constituye el umbral, la bisagra, el puente, filosóficamente representada por la *Chakana* –puerta- de entra y salida hacia el mundo interno y hacia lo alto. Se argumenta también que el hombre es el medio, al respecto **Blaise Pascal** sostiene *"El hombre en la naturaleza es una nada frente al infinito, un todo frente a la nada, un punto medio entre la nada y el todo"*.

En el ser humano también se manifiesta el símbolo circular de espacio tiempo, así en la cabeza se encuentra el "Yachay", o sea el saber, la sabiduría, la capacidad de pensar. En el estómago entre ombligo y corazón encontramos otro círculo que está en permanente movimiento conocido como el "llancay" o ruy, es decir la laboriosidad, los haceres, el desenvolvimiento continuo. Y finalmente el tercer círculo encontramos en la zona púbica o aparato reproductor "munay" que representa la fuerza para sentir, los quereres, proyecta energía y continuidad de la especie.

El Camino de la Rectitud –**Dhamapada**- nos da la siguiente reflexión: *"Todos los estados encuentran su origen en la mente. La mente es su fundamento y son creaciones de la mente. Si uno habla o actúa con un pensamiento impuro, entonces el sufrimiento le sigue de la misma manera que la rueda sigue la pezuña del buey..."*

Este pensamiento de lo recto, del derecho o camino a la perfección ayuda a entender con claridad meridiana que el mundo cosmogónico-filosófico que no es sino un sencillo y elemental reflejo de lo que hacemos, a manera de un espejo: recibimos lo que damos, una mueca o una sonrisa, y a veces este recibir o rebote es más duro de lo que impulsamos, por tanto, todo depende de nuestro obrar con la naturaleza y con nuestros

congéneres, no es posible escupir arriba, el principio gravitacional nos devuelve irreversiblemente.
La filosofía andina recoge este pensamiento en el **Principio del Ayni** *–dar para recibir-* la reciprocidad es elocuente, solo cosechas lo que siembras, un apoyo solidario es devuelto con creces, el sistema milenario de la minga ha hecho posible la construcción de obras comunitarias desde la choza familiar hasta gigantes templos y canales de riego colectivos.
Esta concepción cosmogónica filosófica al ser integradora influye en el derecho de los pueblos indígenas, su armonía natural se refleja en la armonía social de respeto a todos los integrantes de la gran familia comunitaria liderada por los mayores, maestros de la vida que custodian el equilibrio social. Sin embargo al romperse este equilibrio los cabildos, mayores, líderes o dirigentes procuran, igual que los médicos curan las enfermedades, corregir al enfermo social y devolver al orden natural.
Igualmente el pensamiento integrador se manifiesta en lo más sencillo y cotidiano como es el cultivo de la tierra, como ya se indicó primero las temporadas de siembra, deshierba, aparcamiento y cosecha se hace en función del calendario solar y especialmente lunar al menos en todo el ancho y largo del callejón interandino; si se vulnera estas leyes armónicas naturales sencillamente no hay cosecha, debido a la falta de lluvias, las heladas o las plagas que diezmarían toda cosecha posible.
Los cultivos en tierras andinas se expresan en la chacra que no solo es simplemente el cultivo de maíz *–sara-*, que pese a ser el principal producto no es el único, hay una diversidad de granos, legumbres, proteínas, etc. es decir un cultivo integral. La siembra es todo un acontecimiento, se inicia desde la víspera, el dueño del predio con una *"fuercita"* invita a los vecinos a la minga de siembra, alimenta a la yunta y prepara las herramientas de labranza; la mujer selecciona los granos y prepara la comida para los mingueros. El día de la siembra muy temprano los varones toman el arado, las mujeres las semillas, los hijos coadyuvan limpiando las malas hierbas, por su parte la dueña del predio ayudado por otras vecinas prepara el almuerzo del medio día que lo celebran en la misma tierra sembrada y al final de la siembra disfrutan del banquete con abundante comida y bebida, simbolizando el viejo precepto indígena como se siembra se cosecha.
La *chacra* es el resultado de la siembra de maíz -dos a tres

granos- en filas continuas dejadas por el arado, a dos pasos de distancia entre uno y otro hoyo, intercalando con una fila de habas por cada dos de maíz; se "riega" el fréjol a manera de lluvia; en las márgenes del predio se siembra filas de avena –hierba-, así como al interior del predio en espacios de 5 metros aproximadamente se siembra arveja, variando con cashiles de trigo o cebada; en los espacios que han quedando se rellena con nabos, pepitas de sambo, zapallo o limeño; si es por primera vez también se siembra ocas, melloco, papas chio, chicama, luego de la primera siembra estos tubérculos nacen y producen cada año sin necesidad de volver a sembrar, igualmente se siembra achogchas, entre otros alimentos y para el equinoccio del 20 al 21 de marzo se tiene los primeros productos para la alimentación, dejando listo para el solsticio de verano -21 de junio- para la cosecha y su celebración.

En consecuencia la chacra no es el cultivo exclusivo de maíz sino más de una docena de alimentos que balancean nutritivamente la alimentación del campesino. En cuanto al maíz también se selecciona de acuerdo a la calidad del terreno y de acuerdo a las necesidades de los comuneros, el maíz blanco para el tostado y morochillo, el maíz morocho para los timbulos, el zhubay para cosechar más temprano, y hacer los chumales –humitas- el cusco para el mote, el zhima para los cuchichaquis, tamales, tortillas, etc. etc.

Otro elemento importante que cumple la chacra es: primero, no cansa la tierra con el sistema de cultivo integral, la variedad permite conservar la tierra con suficientes nutrientes compatibles para su producción agro ecológica. Segundo, se obtiene una producción agrícola variada de productos para una buena y sana alimentación; tercero, la variedad de cultivos evita que las plagas arruinen la producción; y cuarto hay forraje para los animales del campo, tallos de avena, maíz –calcha-.

El equilibrio de las comunidades indígenas contrasta radicalmente con la sociedad de occidente cuyo diagnóstico es completamente raquítico, endémico, el hombre crea armas para matar, la industria para destruir, la ciencia al servicio de la élite y contra los demás, los medios para alienar y la indiferencia al orden del día. Su filosofía –occidental- justifica el hambre, las pestes, las guerras, el terrorismo, los vicios, el calentamiento global, la depredación, hasta las desigualdades sociales, todo tiene justificaciones, más nadie las entiende y los amos del universo provistos de ceguera absoluta conducen a la humanidad a un holocausto irreversible.

3. Trasmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos

El Derecho Indígena al no contar con normas escritas y mucho menos codificados, se mantiene en la memoria colectiva, a través del mecanismo de la oralidad, mediante la transmisión vivencial de generación en generación perennizando indiscutiblemente.

Conviene subrayar que las normas del derecho indígena tienen el gran mérito de aún sobrevivir y claro que han sido matizados con normas del derecho liberal-individualista, en algunos casos asimilados, reformados dando origen a una especie de sincretismo jurídico. Sin embargo algunos preceptos se encuentran intactos a las incontables negaciones, exclusiones y persecuciones, normas consuetudinarias como aquellas sanciones que van desde la ortigada a los menores y el látigo con rampras (hojas) de penco en los cuerpos desnudos a los adultos o látigo de cuero a fin de producir escarmiento al infractor o el baño en agua fría para citar apenas dos ejemplos que se practican en las comunidades andinas y que luego profundizaremos.

Ahora la justicia indígena por ser un derecho histórico, originario de miles de años, tampoco es estático y rígido, sino que su mérito consiste en haber posibilitado un proceso de adaptación a las nuevas circunstancias, por ello se mantienen vigentes plenamente aplicables y avanza a tono con la realidad histórico social. También es verdad que algunos preceptos han sido indelebles, por ser principios plenamente válidos en el pasado, legítimamente reconocidos en nuestros tiempos e inexorablemente útiles y aplicables en el futuro para las próximas generaciones.

Preciso es indicar que las generaciones evolutivamente también realizan sus aportes en el perfeccionamiento de la legislación indígena como una necesidad de cambio y respuestas a las nuevas demandas que las comunidades histórica y socialmente requieren, considerando que la realidad comunitaria hace quinientos años fue diferente a la actual y debido también a las masivas migraciones internas del campo a la ciudad y grandes desplazamientos humanos a países Europeos y Norteamericanos, metrópolis que cuentan con culturas completamente diferentes en instituciones, lenguas, gobierno, economía, identidad, etc. sin embargo lo destacable es que si bien existe un proceso de aculturización y transculturización muchos pueblos se resisten a este proceso y más bien se dirigen por

la otra vía, más amplia y sensata como es la interculturalidad que es plenamente viable donde se articula muchos elementos, actos o normas del derecho indígena con el derecho oficial y viceversa por ser algunos coincidentes, compatibles y lo que es más complementarios.

4. Reconocidos y aceptados por adhesión

La diferencia básica entre el derecho liberal y el derecho indígena se basa en la coercitividad del primero y la adhesión a las normas y preceptos del segundo. El derecho positivo es impositivo y tiene como principal fuente a la ley, pese a enunciar otras fuentes como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, incluso algunas legislaciones europeas y latinas consideran a la Constitución también como fuente del derecho; sin embargo, es la ley la que impera y todo lo que se oponga a ella no cuenta. El Código Civil Ecuatoriano en su Art. primero establece *"la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite"*; por consiguiente la ley se constituye en la suprema "voluntad del pueblo" y todo aquello que no conste en la ley, no existe y si no existe, no vale, es ilegal y hasta puede ser tipificado como ilícito o delito un acto completamente legítimo por más justo que éste sea.

Ahora dentro de la concepción del derecho positivista liberal encontramos una variante a la tradicional aplicación de la ley que traduce en el Código Civil que a su vez es expresión más conspicua de la clase dominante para precautelar la propiedad privada, hecho que no es sino la continuación de aquel derecho desigual que nació cuando la sociedad se dividió en clases sociales, llegando a su máximo esplendor con el advenimiento del Imperio Romano y su derecho clasista por antonomasia, refundido con la contrarrevolución napoleónica llegó a Chile con **Andrés Bello** y aterrizó en el Ecuador toda una concepción clasista, liberal del derecho que privilegia al individuo y protege la sacrosanta propiedad privada.

Principios en la definición del derecho indígena

Las normas que se incorporan a las constituciones de los Estados tendrían que propender a que sean reconocidas explícitamente a fin de afianzar la interculturalidad, que evite la secular segregación y exclusión a los sistemas jurídicos

indígenas a tono con los tiempos actuales y en el marco de un auténtico pluralismo jurídico. Por tanto es necesario contar con los siguientes principios:

1. La fuente del derecho indígena

En efecto es necesario prescindir de la tesis reaccionaria que el derecho indígena es un derecho «nuevo» creado y otorgado por el Estado, como una concesión reciente por generosidad de los representantes del Estado Liberal, como un acto de complacencia para que los pueblos indígenas tengan como un icono de su antecedente histórico, para el recuerdo, porque en la actualidad no tiene vigencia y peor aplicación al haber sido asimilado completamente por el derecho liberal; por la tesis reivindicativa de un derecho originario, histórico e inherente al nacimiento del pueblo indígena, consustancial a su cultura, a la visión cosmogónico-filosófica, reconocido como derecho primogénito, anterior a la creación del Estado actual y su derecho oficial. La originalidad, su nacimiento y continuidad histórica tiene efectos múltiples y de importancia mayúscula en casos de conflictos jurídico-políticos en pertenencia y posesión de territorios ancestrales, de la costumbre jurídica, de las circunscripciones territoriales, entre otros temas delicados y complejos presentes en la actualidad.

En concordancia con esta tesis la Declaración de la ONU recoge el Informe conocido como «**Martínez Cobo**», que reivindica la continuidad histórica de los pueblos indígenas en los territorios que ocupan actualmente, pese a cualquier enajenación que se hubiese realizado con anterioridad: *«Las poblaciones indígenas están constituidas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaban el presente territorio de un país total o parcialmente, en el momento en que llegaron a él personas de otra cultura u origen étnico provenientes de otras partes del mundo, y que los dominaron y los redujeron, por medio de la conquista, asentamiento u otros medios, a condición no dominante o colonial, que viven hoy más en conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales que con las instituciones del país del cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos, predominantes, de la población»*

2. Su naturaleza

Es imprescindible establecer el carácter colectivo de estos derechos, el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos y titulares de derechos colectivos y solo reconocidos estarán garantizados los derechos colectivos de los pueblos, y sobre esta base social colectiva levantar los subsiguientes derechos individuales de los integrantes de la comunidad indígena.

3. El Status

Es necesario definir con precisión que el derecho indígena es un derecho autónomo soberano, independiente de cualquier sistema jurídico, destacando que no se trata de un derecho subordinado al liberal, en todo su ámbito de acción, competencia, jurisdicción, sin más límites que el respeto y tolerancia a los otros cuerpos jurídicos de otros pueblos.

4. Sus límites

Así como los Estados en la esfera internacional tienen sus fronteras, su soberanía, vuelta la vista hacia dentro, al interior de los Estados, cada pueblo o nacionalidad tiene su autonomía, en consecuencia tiene jurisdicción y competencia, tendría necesariamente que respetar su ámbito de acción a los otros pueblos y sus derechos fundamentales mutua y tolerantemente.

La precisión con la que se defina los elementos anotados permitirá sustentar el derecho a la autodeterminación y al ejercicio de la autonomía, el autogobierno para los pueblos indígenas dentro del marco de los Estados plurinacionales que es la meta de los movimientos indígenas.

Elementos del derecho indígena

Contrario a la tesis reduccionista que caracteriza al derecho indígena como simples usos, hábitos, costumbres y a lo mucho costumbre jurídica, es necesario precisar que el derecho indígena cuenta con elementos básicos para ser considerado como derecho. Así encontramos autoridad, legislación, sanciones, procedimientos.

1. Autoridad

Generalmente la autoridad se enmarca dentro de una institución unipersonal y pluripersonal en cada pueblo con facultades expresas y reconocidas por el propio pueblo. Así tenemos como primera autoridad a interior de la familia el padre; si la familia es numerosa y hay nietos, biznietos

entonces aparece la figura del abuelo, el anciano que es muy querido, respetado y a veces temido por sus decisiones que tiene que impartir justicia. En otros pueblos es el presidente de la comunidad quien ejerce la autoridad. En conflictos mayores actúa una autoridad pluripersonal, ahí encontramos el cabildo –directivos superiores de la comuna- quien colectivamente imparten justicia, en otros casos se eligen una comisión jurídica quien tiene la labor de resolver los conflictos en unos casos y en otros constituye organismo auxiliar. Ahora si la falta es grave y extremadamente compleja como el homicidio por ejemplo es la asamblea general el organismo supremo encargado de proveer justicia en función de informes del organismo directivo o cabildo y obviamente conforme a las indagaciones que se hayan realizado.

2. Legislación

El derecho indígena cuenta con normas y preceptos que son aplicados a todos por igual, sin preferencias, discrimen y peor resentimientos, algunas normas de conducta han sido modificadas en función de las demandas sociales, concertadas por la comunidad indígena, en su compleja relación con un Estado y la sociedad que los ha ignorado, discriminado y lo que es peor sojuzgado, injustamente deslegitimando, por una supuesta ilegalidad de su actos, al considerar que el derecho oficial es el único que vale. Esta subordinación del sistema jurídico indígena con respecto al derecho liberal ha originado múltiples conflictos y crisis al interior de la comunidad con sus miembros y de éstos con personas extrañas a la comunidad, incluso se han cometido excesos, actos violatorios contra los derechos humanos con el pretexto de aplicar la ley, ley liberal desigual por naturaleza clasista.

3. Sanciones

Si bien se privilegia la prevención de las infracciones al orden social y de presentarse el ilícito se corrige con consejos, sin embargo a veces simbólica y en otras severamente dependiendo de la falta y su gravedad. En efecto, existen normas correctivas, mediante un sistema de sanciones, que en general procura devolver el equilibrio social imperante en la comunidad, aclarando que es un sistema donde se privilegia el saneamiento espiritual, la compensación y se evitan sanciones penitenciarias prolongadas de reclusión mayor es decir

de 5, 10 o más años de encarcelamiento.

4. Procedimiento

Son normas cuya flexibilidad es notoria, el proceso de juzgamiento es ligero y sin formalismos tediosos, la oralidad es la norma del proceso, el veredicto a veces es anotado en un acta cuando el infractor se obliga compensar al ofendido. Además el procedimiento se guía por principios generales sobre los que se encausa para resolver los conflictos. Precisamente la falta de codificación y su naturaleza de principios generales ha permitido acumular conocimientos fruto de la experiencia y habilidad en aplicar el sistema jurídico.

Competencia del derecho indígena

Competencia material

Al tenor del convenio 169 de la OIT no establece límites de ninguna naturaleza para el juzgamiento de infracciones en el ámbito del derecho indígena. La autoridad comunitaria esta facultada a conocer y resolver indistintamente infracciones de todo tipo, con el único requisito que vulnere el equilibrio social de la comunidad a diferencia del derecho positivo que establece juzgados, tribunales y salas especializadas en materia civil, penal, administrativo, laboral, menores, etc.

Competencia Territorial

La administración de justicia indígena se aplica en todo el espacio territorial que se asientan los pueblos y comunidades indígenas, incluso si el ilícito es cometido por un indígena fuera de su jurisdicción debería remitirse a la justicia comunitaria indígena.
Ante conflictos de jurisdicción territorial entre pueblos indígenas y quiénes no pertenecen a esta comunidad debería juzgarse las infracciones en función de la interculturalidad para evitar que se anule, neutralice o penalice la justicia indígena por parte del derecho liberal.

Competencia personal

No hace referencia a la competencia personal, sin embargo en materia penal hace referencia a los procedimientos a aplicarse a los miembros de las comunidades. En los casos de indígenas inmersos en otros delitos, se les aplicará la ley que ellos conocen por sus ancestros, por tanto deben ser juzgados mediante reglas de su propia cultura. Es preciso indicar que todos los miembros de una

comunidad tienen el mismo tratamiento, indistintamente de ser autoridad, integrante del cabildo o simple comunero, no hay *"fuero de corte"* que el derecho liberal concede a quienes ejercen autoridad o incluso "derecho" de inmunidad que la ley positiva en algunos países como el Ecuador concede a los parlamentarios, hecho que ha llevado en ambas situaciones a desconfiar y deslegitimar a la función judicial por el privilegio que tienen quienes se acogen al fuero legal.

Competencia temporal

Una vez que la autoridad ha conocido y resuelto el juzgamiento, el veredicto adquiere la categoría de cosa juzgada, por tanto no puede interponerse recurso alguno, se vuelve inobjetable, inapelable, en consecuencia la justicia oficial no puede iniciar un nuevo juzgamiento ni para absolver ni condenar con legislación extraña a la comunidad indígena.

El derecho indígena y su reconocimiento

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, encontramos procesos políticos emergentes con un liderazgo indígena indiscutible en toda América Latina, particularmente en Ecuador, Bolivia, México, Guatemala, entre otros con una cada vez más creciente propagación planetaria, pueblos indígenas que encuentran sintonía en otros sectores de la sociedad con quienes empiezan a hacer alianzas lo que ayudan a consolidar sus propuestas de cambio, alternativas al esquema global neoliberal. Este accionar ideológico político es alimentado y retroalimentado a la vez por los derechos sociales y colectivos como pueblos indígenas sojuzgados históricamente y han logrado su reconocimiento como pueblos originarios en las cartas políticas de los Estados nacionales, así como la ratificación de convenios internacionales, tal el caso del convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, faltando regular en las legislaciones nacionales.

La lucha de los pueblos indígenas se dirige en doble vía, no es únicamente a nivel interno de sus naciones, sino también a nivel externo lo que ha dado mejores resultados y se esfuerzan por alcanzar un nuevo instrumento jurídico a nivel de la Organización de las Naciones Unidas que constituya el gran paraguas doctrinario y jurídico que cobije a legislaciones nacionales para sustentar su reconocimiento y

aplicación de sus derechos y principios. Asimismo su concepción filosófica y jurídica cuya columna vertebral es el reconocimiento como pueblos, sin limitaciones, es decir alcanzar un status internacional, el derecho a la libre determinación como expresión de autonomía o autogobierno, incluso la imperatividad que deben tener los gobiernos de los Estados nacionales en cuestiones internas y locales, en particular al goce y disfrute de su cultura, religión, educación, medios de comunicación, salud, vivienda, empleo, bienestar social, actividades económicas, acceso a tierras y recursos, el medio ambiente y el ingreso de ciudadanos que no son miembros de un pueblo indígena, así como las fuentes de financiamiento para canalizar estos derechos sociales y colectivos.

En 1989 se aprobó el **Convenio 169** por la Organización Internacional del Trabajo. Dentro de las posibilidades que ofrece este instrumento jurídico encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional latinoamericano. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance significativo puesto que este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales, en este sentido hay un viraje de 180 grados en la concepción individualista positiva del derecho liberal hacia el derecho indígena que trae derechos colectivos donde el pueblo indígena es sujeto de derecho, el pueblo indígena se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la auto identificación. Asimismo, establece el concepto de territorios en sustitución de la clásica denominación de tierras, pero no un simple cambio en la epidermis sino en su esencia al entender al territorio como el hábitat, el subsuelo, incluso su elemento espiritual.

Hay sin duda mucha ignorancia, prejuicio y discriminación de parte de la concepción hegemónica liberal, pero también de la otra orilla hay ante todo temor por la contradicción que entraña entre las pretensiones neoliberales de ignorar y disimular el reconocimiento a unos sujetos raros que demandan el derecho a la autonomía constitucional para decidir los asuntos fundamentales

relacionados con la vida de sus pueblos. En el contenido de la demanda indígena destaca su inserción en la vida política nacional, el acceso al uso y disfrute de los recursos naturales, la posibilidad de participar en la toma de decisiones sobre los proyectos de desarrollo.

Como vemos, no se trata de demandas culturalistas ni susceptibles de reducirse al folklore inofensivo de los usos y costumbres o a la contratación de maestros que hablen lengua indígena, sino un cambio real de raíces y esencias que demandan los pueblos indígenas y es lo menos que pueden exigir ante el atropello histórico que apenas piden devolver su natural derecho a vivir con dignidad y bienestar colectivo.

Derecho Indígena concilia posiciones

Como se ha visto, el término más apropiado para denominar a los sistemas normativos indígenas es el de derecho indígena en la medida que tales sistemas tengan *capacidad y legitimidad*, capacidad en el sentido de estar en condiciones de proveer justicia en forma efectiva volviendo al infractor a su orden natural en armonía con la comunidad; y legitimidad en cuanto a su validez y reconocimiento o adhesión mayoritaria de sus integrantes para *regular la convivencia social, resolver conflictos y organizar el orden interno, con reglas propias para elegir a sus autoridades, incluso reformar las normas cuando sean necesarias*.

En los Convenios Internacionales y Constituciones Políticas de varios países han utilizado el término *"derecho consuetudinario"* para referirse a los sistemas normativos indígenas superando la perspectiva integracionista y el marco reduccionista del monismo legal. Esta discusión una vez que ha sido superada obligando incluso a la Academia de la Lengua Española a insertarlo reconceptualizando el término y así poder aprovechar las bondades de su uso jurídico.

Ventajas del término

1. Reconocimiento del derecho indígena

Se reconoce la existencia de un derecho u orden jurídico que regula la vida de los pueblos indígenas, que cumple indiscutiblemente con su función básica de mantener la armonía social entre sus integrantes por una consciente adhesión a tal derecho y no por imposición de una élite, desvirtuando de esta manera por completo aquellos ideas erróneas

y hasta despectivas al haber adjetivizado al derecho indígena como usos, hábitos o simples manifestaciones aisladas fruto de pueblos salvajes, sin autoridad ni ley que les regule.

Reconocer un derecho de los pueblos indígenas en las legislaciones nacionales por los gobiernos oficiales debe ser un acto de elemental justicia que al menos atenuaría mínimamente la deuda histórica irreparable de los horrorosos actos de genocidio y etnocidio cometidos por conquistadores, colonizadores y neocolonizadores.

2. Orden Jurídico cambiante

Se ha eliminado la idea que los sistemas o prácticas no estatales eran estáticos, inmutables a lo largo del tiempo, al haber demostrado que en muchos pueblos indígenas tenían reglas que permitían no solamente establecer la autoridad, las sanciones, etc. sino hasta fijar mecanismos para reformar sus normas cuando veían la necesidad de acoplar a realidades históricas cambiantes dialécticamente dinámicas, incluso llegando a ser complementarias ciertas normas del derecho liberal con el derecho indígena.

Podríamos atrevernos a sostener que el derecho indígena si va junto a las nuevas demandas de las comunidades, es decir sintoniza la comunidad a través de sus autoridades la aplicación del derecho en los casos que generen conflictos individuales y sociales de los comuneros para dar con la solución de la enfermedad social, precisamente por no ser un derecho rígido, hegemónico, esquemático escrito.

3. Derecho no inferior

Es demasiado subjetivo y hasta peligroso el hecho de categorizar a un determinado ordenamiento jurídico como inferior y hasta inexistente. ¿Cómo reaccionarían los anglosajones cuando afirmaríamos irreflexivamente que los precedentes judiciales son inferiores o no tienen valor frente los códigos positivistas o ¿cuál sería la actitud de los herederos del derecho romano frente a la misma pregunta pero invertida? El derecho no es superior ni inferior por ser la Common law, liberal, musulmán o indígena, es válido en la medida en que responda a las necesidades de un pueblo y básicamente satisfaga sus aspiraciones en forma efectiva garantizando la igualdad, libertad, tranquilidad, bienestar y la realización plena del ciudadano o comunero dentro de una colectividad.

4. Cuestiona la subordinación política

El poder político se sustenta en una base económica y ésta para su inmutabilidad fabrica leyes que respondan a intereses de la clase que domina, tramposamente legitimando la propiedad privada. Al haber un cuestionamiento u observación a la subordinación política que han sido sometidos históricamente los sistemas jurídicos no estatales indiscutiblemente tiene su ventaja al aportar con observaciones, cuestionamientos y denuncias para luego ir ganando terreno en amplios sectores de la sociedad a fin de alcanzar un trato menos discriminatorio y corregir todas las innumerables violaciones a elementales derechos de los pueblos indígenas y no indígenas. No puede haber sociedad desarrollada o estado de bienestar si no hay tranquilidad, y obviamente no puede habar paz sin una justicia real, al ser vulnerados los derechos de los pueblos indígenas, por mínimos que éstos sean, a saber tampoco son, ni cuantitativa y peor cualitativamente pequeños, asistimos a un sometimiento ideológico político y jurídico a comunidades; y, el hecho que hay posiciones alternativas, contestatarias y porque no acciones de liberación en todos los órdenes y en particular del derecho contra la hegemonía legal es un aporte invalorable de estos pueblos en pos de la humanidad que se caracteriza por la diversidad.

Esta reconceptualización ha permitido la utilización de la categoría de derecho indígena en el marco del respeto a la diversidad cultural de los pueblos tal como se anota en las normas constitucionales nacionales y los convenios internacionales como el 169 de la OIT.

Criterios para considerar al Derecho

Al interior de la corriente del pluralismo jurídico ha habido mucha discusión sobre la definición de derecho y los requisitos que debe cumplir para considerar a un sistema de normas como derecho. Esta discusión, tiene raíces en el viejo colonialismo hispano, ha sido ampliada posteriormente por varias escuelas y corrientes como la antropología social inglesa, la etnología francesa, la sociología jurídica alemana, las escuelas norteamericanas, y más recientemente por varias corrientes en Latinoamérica.

La pregunta básica es ¿cuándo se puede calificar de jurídica a una norma? Desde la tradición jurídica positivista se hace una clara

distinción entre las normas. **Hans Kelsen**, en su obra "Teoría Pura del Derecho" distingue tres tipos de normas o sistemas normativos:
1. Normas garantizadas por una coacción social o difusa, a las que llama normas morales.
2. Normas cuya sanción está en el más allá, en ultra tumba, a las que llama normas religiosas.
3. Normas jurídicas, cuya sanción es actual y presente garantizadas por un cuerpo especializado en velar por su cumplimiento o sancionar su trasgresión. Este sistema de normas, dado en el marco del monismo legal, ha sido retomado en el debate pluralista por un sector y ha guiado algunas investigaciones.

La antropología social inglesa está marcada por el debate entre **Malinowsky, Gluckman** por un lado, y **Radcliffe-Brown, Evans Pritcher** por otro. Desde una concepción inglesa de derecho "law" entendido como normas creadas por decisiones judiciales, **Radcliffe-Brown** y sus seguidores han defendido la idea que *"solo cabe hablar de derecho cuando hay tribunales"*. En esta corriente jurídica **Evans Pritcher** llegó a sostener que los Nuer eran *"un pueblo sin derecho por carecer de tribunales"*, en el sentido de un cuerpo especializado que garantice el cumplimiento de las normas. Por el contrario, **Malinowsky** decía que *"el cumplimiento de las normas puede garantizarse por todo tipo de controles, incluyendo creencias y sanciones no necesariamente coactivas o infligidas"* por un cuerpo especializado, con tal que cumpla su función reguladora de la vida social. **Gluckman**, al estudiar los sistemas africanos, señaló que las normas se pueden garantizar inclusive por la *"apelación a las llamadas brujerías ya que mediante dichos procedimientos se puede resolver conflictos"*.

Los partidarios del monismo jurídico critican esta tesis señalando que si todo es derecho, nada es derecho. No obstante la corriente denominada judiciabilidad responde a esta crítica que lo importante es que se trate de normas que efectivamente regulen la vida social y posibiliten la paz social, mediante la actuación de un tercero sea posible canalizar conflictos y resolverlos bajo ciertos principios normativos. No es necesario que las normas o este tercero actuante estén especializadas, es decir que sean normas jurídicas y personas o instituciones totalmente separadas de otras a las que se podría llamar morales o religiosas.

Intentando superar las discusiones bizantinas, es necesario recordar que el derecho es una creación

humana interminable y siempre perfectible acorde a los cambios de la sociedad y sobre todo si consideramos que debe dar respuesta a las demandas sociales, en la actualidad, hay un cierto consenso sobre la definición de derecho. Así derecho o sistema jurídico es el "*sistema de normas, valores o principios normativos, con autoridades, instituciones y procedimientos que sirven para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden interno*". Insistiendo que estos sistemas también incluyen reglas que permiten instituir o cambiar de modo legítimo normas, autoridades y procedimientos.

Normas efectivas y legítimas

Para resolver el debate sobre los requisitos que deben reunir las normas para ser considerados como derecho, considero que más allá de contar con tribunales, poseer normas coercitivas o no; debe considerarse derecho cuando existe un conjunto sistemático de normas suficientemente efectivas, que brinde crédito, confianza a los miembros de la comunidad para su vigencia y cumplimiento, por tanto el derecho es y debe ser una herramienta efectiva para solucionar conflictos y devolver la armonía social a la comunidad.
La efectividad está concebida como la vigencia del sistema jurídico, esto es que sean normas eficaces y eficientes, que rijan el comportamiento social de los integrantes de la comunidad, es decir cuando hay la necesidad de recurrir a estas normas hacer correctivos al infractor estas normas sean un instrumento que resuelva el conflicto, que sane la enfermedad social según el derecho indígena, que se convierta este sistema jurídico en el mecanismo que coadyuve volver al equilibrio social.
Por su parte la legitimidad se refiere al consenso social o reconocimiento expreso o tácito del sistema jurídico vigente -como bueno, justo y necesario- no necesariamente por toda la población pero al menos por la mayoría lo que da respaldo o faculta a las autoridades para ejercer y aplicar el derecho vigente.

Validez de la norma

La jurista mexicana **Magdalena Gómez** en un importante análisis sobre legitimidad de una norma citando a otro connotado jurista y filósofo moderno **Habermas**, quien incursiona en la teoría jurídica crítica, obviamente contraria a la teoría clásica del derecho positivo kelseniano propone necesario reconocer

que *"no hay derecho sin validez, pero tampoco hay derecho solo con validez*. Parecería una contradicción a simple vista, sin embargo esta tesis se sustenta en la suma concomitante del principio de legalidad y el principio de legitimidad. Solo con la concurrencia de ambos principios nacerá la validez del derecho.

Así como sancionar a determinadas ONGs. que utilizan a los indígenas, a los niños, al género para atraer ingentes recursos del exterior y lejos de eliminar la pobreza y redimir a estos dramáticamente golpeados por una sociedad asimétrica, usurpan el dolor ajeno, engu-lléndose sus recursos, amasan fortunas personales en una flagrante utilización a las comunidades indígenas, que lejos de atenuar la pobreza termina multiplicando la indigencia. **Fiódor Dostoievski** sentenciaba *"la caridad solo multiplica la pobreza"*; en consecuencia mien-tras no haya norma que tipifique estos perversos ilícitos que cometen las ONGs continuará campantemente la impunidad de los responsables de estas ignominias.

Ahora, no es suficiente la existencia de la norma, sino además el conocimiento de la misma. La ley positiva reflejada en los códigos civiles latinoamericanos declara que la ley se presume conocida por todos y su desconocimiento no exime de responsabilidad; mas ni los abogados conocemos toda la legislación, peor el común de los mortales, considero que los ciudadanos no tienen ninguna obligación de conocer todas las leyes. En el Ecuador existe un poco más de 96.000 cuerpos de leyes y la inmensa mayoría de estas leyes están deslegitimadas, es decir carecen de aceptación del estado llano, miles de normas que solo forman parte del basurero legal, solo sirven para enredar los proceso, condenar a inocentes o dejar impunes a los verdaderos responsables de tamaños ilícitos.

El carácter de las normas y cómo se garantice su cumplimiento depende de cada pueblo y cultura. No necesariamente se requiere que en todos los grupos sociales exista un cuerpo especializado para garantizar el cumplimiento de las normas o sancionar su trasgresión, o que dichas normas sean completamente diferentes a las de la moral o la religión, pues, hay sistemas culturales complejos en los que el sistema normativo es parte incluso de la espiritualidad o cosmovisión. No por ello se puede decir que tales pueblos carecen de derecho o sistema jurídico. A veces las normas son

garantizadas por el mero acuerdo, creencias o controles difusos, y transmitidas mediante la creencia en mitos sin que existan policías o tribunales especializados para velar por su cumplimiento. Igualmente, tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social, generalmente en los pueblos indígenas la norma "legal" se encuentra extremadamente fusionada con otras normas, y juntas juegan un papel decisivo en la relación de los individuos y de estos con la comunidad. Se pueden garantizar normas necesarias para la vida económica mediante un tabú religioso, y pueden existir mecanismos de resolución de conflictos asociados a supuestos ritos religiosos, mágicos o de "brujería", en tanto se obliga a las partes a arreglar sus conflictos y retornar a su equilibrio natural.

Tampoco es necesario que las normas sean escritas, generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y de directrices para la acción concreta. En el caso de los sistemas indígenas de control social cabe resaltar que no se trata de prácticas aisladas, sino que existe un eje cultural que articula el sistema jurídico, con procedimientos, instituciones y autoridades; y que tal sistema permite regular la vida social en varios aspectos, resolver conflictos, organizar y construir permanentemente la salud comunitaria o equilibrio social.

La historia de represión y la condición políticamente subordinada de los pueblos indígenas los ha obligado a adoptar nuevas instituciones y a clandestinizar sus prácticas. Se han destruido sus sistemas superiores de autoridad y sólo han quedado sistemas fragmentados: autoridades, normas y conocimientos de carácter local. La clandestinización de los sistemas o su desestructuración ha dado lugar a que en muchos lugares sólo aparezcan o queden rezagos de prácticas aparentemente aisladas, más posteriormente han resurgido y consolidado.

De otra parte, una aproximación teórica inadecuada sólo rescatará ciertos aspectos o prácticas de sus sistemas normativos al no apreciar el sistema cultural en su conjunto. En todo caso, el hecho que la historia colonial, las guerras y los mecanismos económico-políticos de marginación premeditada hacia los pueblos indígenas, hayan reducido la vigencia de sus sistemas normativos a espacios limitados, ello no implica que tengan una capacidad intrínseca limitada para que sólo puedan resolver casos menores, con cuantías inferiores y en deter-

minadas materias, prohibiendo explícitamente el conocimiento y juzgamiento de casos penales por autoridades indígenas, hecho que no deja de ser un absurdo jurídico, desnudando farisaicamente la posición hegemónica del oficialismo angustiado de perder el control social.

En los Estados latinos, especialmente México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia fundamentalmente con mayor preponderancia al resurgimiento indígena con el primer presidente indígena a la cabeza –**Evo Morales-**, los elementos del derecho indígena actual están condicionados por la historia de los pueblos indígenas y su interacción con el sistema dominante. No obstante, ello gracias a la persistencia de su matriz cultural, los sistemas normativos indígenas se han resurgido adaptado y recreado, logrando sobrevivir a pesar de las condiciones adversas de subordinación política y represión social. Cabe anotar que cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas de justicia paralelos para que se encuentren o se enfrenten, sino de sistemas en interacción constante, con mutuas influencias a la luz de la complementariedad. El problema es que los sistemas indígenas al estar en una situación política subordinada, ello condiciona su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo.

La Identidad indígena

La identidad como matriz de un pueblo con autoidentificación es un fenómeno relacional e intersubjetivo, necesariamente se desenvuelve en la interacción. La auto percepción de la identidad es contextual, flexible, cambiante. En un contexto en el que ser indígena es reprimido o al menos desvalorizado, discriminado con seguridad quienes quieran identificarse como tales por vergüenza, temor, prejuicio no se auto identificarán como indígenas, pero podrán ocurrir lo contrario cuando ello signifique ser portador de derechos. Por ejemplo, hace dos décadas, cuando ser indígena podía dar lugar a persecuciones, muchos indígenas trataron de ocultar su identidad quitándose sus trajes y dejando de hablar su idioma y practicar en "público" ante la sociedad su cultura. Ahora, muchos reivindicamos su identidad, y es más usan con orgullo sus trajes y dicen públicamente que son quechuas, cañaris, otalavos, shuar, ashuar, mayas, gauraní, aymara, etc. No obstante es necesario hacer una precisión no por usar poncho o

alpargata puede considerarse indígena, ya indicamos que la identidad lo llevamos románticamente en el cerebro y en el corazón o para ser más precisos en la identificación subjetiva y la praxis de cultural.

La originalidad o propiedad del derecho indígena no esta solamente en el pasado, lo que fue hace más de quinientos años, no se trata de un sentimentalismo de antaño, ni vivir de la nostalgia romántica por el pasado histórico, sino de lo que hoy existe como sistema propio, vivo, vigente, en la interacción con otros sistemas, particularmente frente al derecho estatal. Esto no significa que el derecho indígena sea puro, sino lo que desde la auto identificación dinámica, relacional y contextual, los pueblos indígenas conocen y auto perciben como su derecho, reconociendo a sus autoridades, sus normas, sus procedimientos e instituciones, aunque haya sufrido modificaciones y hasta asimilaciones del derecho oficial. Recordemos que el derecho oficial se ha nutrido de la costumbre jurídica y también es necesario reconocer que el derecho indígena actual se ha reforzado con elementos del derecho estatal.

Esto supone una evaluación fáctica de la eficacia de un mecanismo determinado para lograr cierto objetivo o satisfacer cierta necesidad, aspiración o interés. En un determinado contexto, cuando su propio sistema va a ser eficaz para responder a sus intereses lo utilizarán, pero en otro, en el que probablemente ello no suceda, recurrirán al derecho estatal.

En síntesis, cuando se habla de derecho indígena como propio de los pueblos originarios, se quiere decir que el derecho estatal e indígena sean paralelos en el sentido que nunca se encuentran, sino que interactúan y se complementan mutuamente, sin embargo mantienen una matriz cultural propia, originaria que es lo que les da identidad a cada derecho.

Cuando se habla de derecho indígena no significa que los indígenas no utilicen el derecho estatal, sino que tienen una estrategia de utilización de recursos múltiples por la cual utilizan el mecanismo que les ofrece responder a alguna necesidad, interés, derecho o motivo. Tampoco se quiere decir que los indígenas sólo se regulen por el derecho indígena, sino que al participar de diversos espacios sociales -iglesias, dirigencia, formación, actividades, identidades- en los que se pretende regular diversos aspectos de la vida social, regularán los distintos aspectos de su conducta por varios

sistemas, así por ejemplo un aspecto de la vida por lo que dice la iglesia, otro por lo que dice la costumbre, otro por lo que dice el presidente, otro por lo que resuelve el cabildo, la asamblea de la junta de agua, etc. Es interesante observar, cómo a lo largo del tiempo, van reconfigurando lo que llaman su derecho con la incorporación de diversos elementos dentro de su propia raíz cultural, más cuando las comunicaciones cada vez son más rápidas y universales. En consecuencia la categoría de derecho indígena no excluye la coexistencia de diversos sistemas regulatorios que se interactúan, interdependen y, eventualmente, disputan regular el mismo aspecto de la vida social.

El derecho indígena tendrá mayor "pureza" y su cohesión social será más sólida dependiendo de factores geográficos por ejemplo, determinados por la lejanía y proximidad a la ciudad, con una inmensa carga de inseguridad ciudadana, violencia política, así como la presencia de sectas religiosas, partidos políticos, fundaciones y medios de información en particular la televisiva.

La ficción legal

Uno de los graves conflictos que expresa la crisis de la justicia tradicional en el mundo, a más de la corrupción de determinados jueces y magistrados, es la desconexión de la realidad social cada vez más compleja y dinámica que dista una medida astronómica con la norma jurídica que generalmente es estática, conservadora, incluso en muchos casos anacrónica y reaccionaria.

En el caso de los pueblos indígenas la situación se traduce en una crisis por triplicado:

1) La exclusión explícita de los derechos indígenas en la legislación nacional. 2) La ausencia de normas que garanticen el reconocimiento y ante todo el ejercicio pleno de sus derechos traducidos en leyes nacionales; y 3) El incumplimiento de las exiguas normas constitucionales y convenios internacionales por autoridades de justicia, precisamente por ser muchas de aquellas declaraciones cargadas de ficción.

Corresponde al Estado asumir la responsabilidad de reconstitución de la nación y su legislación, para dar cabida a "nuevos" sujetos históricos de derecho, que han logrado conservar "su derecho" en la clandestinidad con toda legitimidad pero curiosamente al margen de la legalidad, por tanto sin reconocimiento del derecho estatal.

No es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han «administrado justicia» pese al criterio contrario de los liberales que ven como una herejía que los pueblos indígenas ejerzan jurisdicción fuera y al margen del Estado y el derecho oficial. Los pueblos indígenas han establecido normas y sanciones, sin tener facultad legislativa reconocida oficialmente y el hecho que no haya sido escrito o formalizada no les exime de su naturaleza jurídica. Han gobernado y administrado justicia a sus pueblos a través de un sistema de cargos, preceptos e instituciones, que por considerarlos como ilegales han sido perseguidos, consecuentemente cada vez mas disminuidas, sus actuaciones son de naturaleza pública, no hay actos cubiertos por la sombra y menos en la oscuridad, peor odios y persecuciones a unos y prebendas o privilegios para otros.

En la base del planteamiento indígena está el criterio de precedencia histórica, es decir el señalamiento que su origen -del derecho- se ubica con anterioridad a la creación misma del Estado. Por ello resulta muy sugerente el enfoque del filósofo alemán **Jürgen Habermas** que sustenta con claridad meridiana la tesis de la legitimidad al sostener que no es el Derecho el que crea la legitimidad sino que es la legitimidad la que crea derecho. Podríamos agregar a este criterio por demás acertado que no es la ley la que genera legitimidad sino el apoyo popular a un derecho a una tesis -*guiados por preceptos de justicia, igualdad, ética, solidaridad, etc.*- la que alumbra legitimidad.

La postura del filósofo alemán es contestataria al poder hegemónico que excepcionalmente goza de legitimidad, motivo por el cual plantea la desobediencia civil ante los desmanes del poder como una arma política que implica una inobservancia al derecho, pero es el último recurso que queda a la razón y al pueblo, indica *"es una violación simbólica de la norma como medio último de apelación la mayoría para que ésta, cuando se trata de una cuestión de principios tenga a bien reflexionar a una vez más sobre sus decisiones y a ser posibles revisarlas, dado que mayoría y verdad no coinciden forzosamente"*.

Este criterio debe destacarse porque los espacios jurídicos de los pueblos indígenas han sido objeto de sucesivos despojos violentos en ocasiones a nombre de derechos adquiridos por

terceros. Y en tales situaciones el derecho deberá prever mecanismos para definir en que casos hay prevalencia del interés jurídico indígena. En todo caso, éste sería un ejemplo de las implicaciones del tardío reconocimiento a los pueblos indígenas y de la responsabilidad que el Estado debería asumir sin más dilaciones.

En el extremo de quienes rechazan el derecho indígena está la posición que tiende a considerar una especie de inamovilidad de los principios que sustentan el orden jurídico. No faltan quienes afirman que siendo proporcionalmente minoritaria la presencia indígena debe adaptarse *"teoría de la asimilación"* al orden jurídico de la población mayoritaria expresado en el constitucionalismo vigente.

Empero los juristas positivistas se niegan a asumir la más elemental de las implicaciones de lo que **Alain Finkielkraut** se plantea:

¿Qué es una constitución? ¿Acaso no es la solución del siguiente problema? Dada la población, las costumbres, la religión, la situación geográfica, las relaciones políticas, las riquezas, las buenas y las malas cualidades de una determinada nación, hallar las leyes que le corresponden. No es un problema que puedan resolver las personas con la exclusiva ayuda de sus fuerzas; es, en cada nación, el paciente trabajo de los siglos, lo que se plantean muchos constitucionalistas la suma de voluntades que representan las fuerzas sociales existentes en cada Estado.

Carlos Federico Mares, jurista brasileño, destaca el proceso brasileño de elaboración constitucional en 1988, destacando la reacción de los indios Macuxi, habitantes del extremo norte de Brasil, Estado de Roraima, en la frontera con Venezuela, en una reunión habitual aprovecharon al jurista a pedir una clarificación sobre el sentido de constituyente y constitución, quién con esfuerzo acudiendo a **Lasalle** indicó que la constitución era una elaboración jurídica en abstracto, precisando que una constitución es la real en cada sociedad y otra devenida de la voluntad de los poderes del Estado. El jurista destaca que ya caída la noche, uno de los más silenciosos "tuchauas" emergiendo de la oscuridad se levantó y en un portugués bien claro, sin necesidad de introducción dijo: *"Esta tal constitución es una buena cosa. Los blancos tienen la seguridad de hacer la ley así, de ver como se van a organizar y resolver sus problemas. Pero*

nosotros también debemos hacer una constitución para nosotros, para dejar escrito la ley, cómo son las cosas en nuestras tierras, quién pude entrar y quién puede salir de ella, quien puede hacer una plantación y quién no puede, quién puede criar ganado y construir cercar en nuestras tierras, y quién no puede". El jurista sorprendido indica estar tranquilo por lo que había explicado, que fue tan bien que hasta él entendió lo que antes no podía hacerlo, en definitiva los indios macuxi vieron la necesidad de traducir toda su organización y cohesión social en una constitución real. Ello explica el reconocimiento de los derechos indígenas en algunas constituciones latinoamericanas, derechos a nivel individual, social y colectivo. Corriente jurídica que propuso el fraile dominico **Bartolomé de las Casas**, quien fue un ícono en la defensa de los pueblos indígenas y defendió su tesis argumentaba que se respete los derechos individuales a la luz de sus costumbres, hábitos, creencias, tradiciones, en fin de su propia cultura de un pueblo, criterio que fue rebatido por el pensamiento liberal positivista que coincida el respeto de las derechos civiles –individuales- pero al tenor de la ley, en suma por el Estado, y si no hay ley que reconozca su validez no cuenta el derecho individual, carece de legalidad y eficacia. Al respecto en 1860 **Ferdinand Lasalle** denomina la Constitución como "hoja de papel" que encierra una ironía y una trampa; ironía porque lleva a una ilusión de pensar que es la garantía de lo bueno, lo justo, lo positivo; trampa, porque no hace eficaz lo que declara justo y permite el imperio del egoísmo, la exclusión, la desigualdad. Cuando no es así simplemente la rompen.

El pensamiento liberal considera a los pueblos indios como pasajeros y provisionales que transitan hacia un Estado de progreso, avance y desarrollo, hacia una sociedad pacífica y dulce con leyes justas y humanas, luego ya felices dejarán de ser indígenas para ser considerados ciudadanos integrados en la cultura constitucional, bajo el imperio de la ley, por lo tanto tenían que ir progresivamente insertándose, integrando, asimilando las normas civilizadas, humanas y legales.

Tuvo que pasar más de quinientos años para que los Estados nacionales reconozcan la convivencia de los pueblos y su sistema jurídico, enterrando aunque levemente el viejo concepto destartalado de asimilación por el de la complementariedad o

más precisamente la convivencia de la diversidad jurídica existente en cada Estado, en suma la interculturalidad ya dijimos que en un Estado hay varias nacionalidades, en consecuencia tantas nacionalidades hay cuantos derechos existen.

Finalmente un tema de importancia mayúscula radica el tema de la universalización –globalización- de los derechos. Verdad que existe un derecho universal, pero en función de la cultura de un pueblo, no es correcto imponer principios civilizadores para todas las culturas, por imperio de la ley que rija el mismo derecho en todos los pueblos al margen de sus creencias, costumbres, visiones, tradiciones, de ser así otra vez regresamos a tiempos donde priman los absolutismos y totalitarismos obscuros que vulneran la diversidad jurídica y la interculturalidad. En fin no hay derechos universales, sino un derecho universal, el de que cada pueblo elabore sus derechos con la única limitación de no violar los derechos de los pueblos, los derechos colectivos.

Al ser el hombre la obra de su nación, el producto de su entorno y no al revés, como creían los filósofos de las luces y sus discípulos republicanos, *la humanidad debe declinarse en plural*: no es otra cosa que la suma de los particularismos que pueblan la tierra. Con refinado pensamiento **Carlos Marx** decía no es la conciencia del ser la que determina su ser social, sino es la realidad material lo que determina su ser social. No se trata de simples reformas o barnices en la epidermis, el problema es los conceptos y principios que están en las raíces de cultura constitucional dominante. Por ejemplo, el reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un status de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, por lo tanto el principio de generalidad de la ley y universalización de los derechos no puede tener aplica-ción. Igual sucede con el concepto de soberanía que en el sentido tradicional, clásico, se refiere a la soberanía externa, frente a otros países, y que en el caso de los pueblos indígenas implicaría territorialidad, espacio donde se ejerce el poder político, la libre determinación, la autonomía. El propio caso de las jurisdicciones hasta ahora reconocidas en otros países, no pueden valorarse con la lógica de los principios consti-tucionales tal y como están porque resultamos dando implicación de derecho privado, de justicia entre particulares, a un asunto que debe

ubicarse en el derecho público, en el nuevo derecho constitucional de la interculturalidad.

Los pueblos indígenas ante el estado y el derecho

La armonía de vida en comunidad y el orden social entre pueblos originarios cedió paso violentamente al desequilibrio y desorden al momento de la invasión española, y a partir de entonces los pueblos indígenas han vivido en permanente estado de violación de sus derechos. A medida que avanzaba la sociedad colonial, los pobladores originales de la Abya Yala, sufrían una progresiva disminución de su normatividad como pueblos. Fueron incorporados por la fuerza a una ajena organización social, política, económica, religiosa, lingüística, cultural y desde luego a un extraño "orden" jurídico marcado por reglas de dominación y explotación. Así fueron confiscadas sus riquezas, invadidos sus territorios, desalojados de sus mejores predios, saqueadas sus pertenencias, expoliaron sus recursos naturales, mataron su organización político- administrativa, su sistema de creencias, en fin son responsables del mayor genocidio y etnocidio de la historia y para rematar en un descaro sin precedentes llegaron a legitimirar todas las formas posibles de violación a los derechos individuales y colectivos de pueblos indígenas a nombre de la civilización.

El dominio del régimen colonial cayó con la rebelión política independentista liderada por hijos de los mismos españoles nacidos en territorios americanos conocidos con el nombre de criollos, pero reiteramos rebelión política más no revolución social, es decir los caudillos criollos se contentaron como no podía ser de otra manera con suplantar el gobierno a la corona española, mientras tanto la condición de los indios no alteró en nada, sus derechos continuaron siendo conculcados, violados no sin razón el pueblo de Quito repetía insistentemente y hasta escribía en las paredes de la ciudad aquella frase histórica *"Ultimo día de despotismo y primero de lo mismo"* que resumía tan lucidamente la frustración de sus luchas al no conseguir ningún cambio social de transformación estructural con la independencia política. Al respecto el filósofo español **Ortega y Gasset** diferenciaba entre lo que es revolución y una simple rebelión: *"Revolución es la insurgencia de hombres contra los usos; y rebelión es el alzamiento armado contra los abusos*", con lo queda claro que la primera es una manifestación social del pueblo

contra el statu quo de una sociedad dominada por una jerarquía económica y política que imposibilita cambios profundos, resistiendo a ceder el poder y en el mejor de los casos permiten mínimos espacios, para realizar simples reformas que modifican la epidermis de la sociedad, más en esencia sigue como está la estructura de poder y al revolucionar las fuerzas sociales chocan, se despedaza alumbrando una sociedad nueva y diferente. Mientras tanto la rebelión es fundamentalmente de carácter político, generalmente se consigue el cambio de mando, de gobernantes, de caudillos, el mejor ejemplo es la "independencia española" que para la población de la Abya Yala no sirvió de nada, porque la independencia de los españoles comprometió la dependencia de los indoamericanos con respecto a sus hijos –españoles- convertidos en nuevos amos y señores de tierras ajenas.

Este cambio político luego de la época colonial dio paso al propósito liberal de formar una nación homogénea y un Estado unitario, con demarcaciones territoriales y administrativas postizas frecuentemente sobrepuestas, a unos pueblos que habían logrado mantener su carácter plural frente a la política y el derecho colonial.

Bajo el régimen del Estado independiente, la primera Constitución del Estado de 1830 estableció condiciones para acceder a derechos fundamentales como el ejercicio de la ciudadanía, de los derechos políticos pero excluyentes a los indígenas, solo regulaba para aquellos ecuatorianos que eran propietarios, con rentas mínimas y que tenían acceso a «la cultura». Basta citar que su ejercicio requería de una renta anual fija y que era causa de suspensión de la misma tener la condición de sirviente doméstico.

Preciso es indicar que en la Carta Política se postulaba la igualdad y la homogeneidad como principios fundamentales, éstos no dejaban de ser principios declarativos pues implícitamente eran excluyentes para los pueblos indígenas, pero si regulaban explícitamente algunas actividades que inmiscuía a los indios a través de diversas disposiciones secundarias, decretos, acuerdos, ordenanzas que daban respuestas aisladas a problemas como el de tenencia de la tierra, la creación de defensorías para indígenas, diezmos, entre otros.

CAPITULO SEPTIMO

Denominaciones de sistemas jurídicos indígenas

Algunos son los términos utilizados para denominar a los sistemas normativos de los pueblos indígenas, así como sus alcances y limitaciones conceptuales. Por su puesto que depende del lente con el que se visualice, antes desconocían por completo su existencia, ignoraron por mucho tiempo la vigencia del derecho indígena, hoy reconocen a regañadientes su vigencia, sin embargo no faltan criterios y muy numerosos que asumen criterios reduccionistas y chovinistas, en fin varias son las denominaciones que se han dado a lo largo de la larga historia de conquista, colonización y actualmente en un momento especial de neocolonialismo. Entre otros encontramos "La Costumbre", "Usos y Costumbres", "Usos y Convenciones", "Derecho Consuetudinario", "Justicia Indígena". Revisemos cada una de estas denominaciones.

La Costumbre

Concepto

El término costumbre es el antídoto a la ley escrita y general, a lo que es elaborado por la oficialidad, por el Estado. Así la costumbre se refiere a las prácticas sociales o comunitarias repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad.

El jurista romano **Ulpiano** define a la costumbre como el consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso. Calístrato indica la costumbre es la mejor intérprete de las leyes.

Guillermo Cabanellas en su "**Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**" al respecto dice: "*la costumbre es la repetición de ciertos actos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley. Mientras que la costumbre es en realidad un derecho, para algunos el más genuino de todos,*

pues está ratificado por el consenso unánime del pueblo, el uso no constituye más que un hecho".

Por su parte **Arhens** sostiene que la costumbre es *"producto de la voluntad de individuos, nacida de una serie de actos idénticos y sucesivamente respetados: se forma de manera espontánea y más instintiva que la ley, bajo la impulsión inmediata de las necesidades. Los que primero establecieron una costumbre por sus actos continuamente repetidos, obraron con la convicción firmísimo de la conveniencia jurídica de los hechos ejecutados, considerándolos no solamente como buenos y justos para los casos presentes, sino también propicio para formar una regla común que sirva de norma para hechos futuros de idéntica analogía. Por esto, las costumbres son, así desarrolladas, engendran una continuidad en la vida social y en el Derecho, y son respetadas por un sentimiento moral de la comunidad".*

De lo anotado se desprende que la costumbre es la primera y principal fuente del Derecho y sobre estas manifestaciones se levanta todo el cuerpo legislativo ulterior en el que se apoya el ius positivo. A diferencia de la ley escrita dictada por el Estado a través de sus legisladores que generalmente crean una normativa en función a intereses corporativos, clasistas o incluso personales, deslegitimando por completo la decantada *"voluntad popular"* anotada en el texto constitucional y código civil, sobre todo este último que se ha constituido en la Biblia para la clase pudiente.

La costumbre tiene profundas y auténticas raíces comunitarias, nacidas en el seno de un pueblo, sin que alguien impositivamente haya dictaminado tal obediencia, sino su observancia y acatamiento es por adhesión, su reconocimiento es consciente debido fundamentalmente a que tal acto consuetudinario es bueno, válido, justo y necesario para el equilibrio social; y quien incumple no tiene sanción coercitiva, económica ni tampoco va a la cárcel, más bien el ciudadano que transgredió la "norma" consuetudinaria se auto impone una *"sanción"* psicológica de sentirse mal, avergonzado, de tipo ético y moral precisamente por estar conciente que hizo algo que va contra los buenas costumbres, no sin razón **Pascal** decía *"el mejor libro de moral es la conciencia".*

Ahora la costumbre al ser vista como buena, justa, valida, acertada por todos y la más genuina del derecho conlleva implícitamente un alto grado de legitimidad en consecuencia constituye la mejor

garantía para su cumplimiento y ello necesariamente reflejará en la paz social de la colectividad.

La costumbre frente a la ley

La doctrina jurídica distingue tres tipos de costumbres con relación a la ley: A falta de ley, conforme a ley y contra ley.

1. A falta de ley

Según la concepción monista del derecho, la costumbre entra en vigencia y aplicabilidad solo cuando un determinado acto no se encuentra tipificado o encasillado en un precepto legal o norma legislativa, apareciendo como fuente del derecho en forma supletoria. El código chileno en su disposición segunda restringió completamente su vigencia estableciendo *"la costumbre constituye derecho, solo en los casos que la ley remite a ella"*, disposición que es exactamente copiada por el Código Civil Ecuatoriano. Sin embargo hay legislaciones que reivindican a la costumbre como el caso del Código Suizo en su Artículo Primero dispone: *"A falta de una disposición legal aplicable, el juez se pronunciará según el derecho consuetudinario"*, de todos modos no deja de ser una fuente supletoria del derecho y destacamos el hecho que cita la disposición del código suizo al establecer aplicable la costumbre, sabido es que existen vacíos legales y en otros completamente inaplicables, en tales casos nos encontramos ante una oportunidad para la reivindicación de la costumbre y ésta entre en escena vigorosamente para resolver con efectividad un caso concreto.

2. Costumbre conforme a ley

Mientras la costumbre no se aleja de la esfera legal, tiene plena vigencia; sin embargo, en la realidad no es más que una situación declarativa, ficta, lo ideal sería que la ley guarde armonía con la costumbre como inicialmente sucedió, al ser la costumbre la más genuina de las fuentes del derecho por su origen histórico, debería la ley guardar plena relación con la voluntad colectiva de un pueblo que acepta y practica, contrario a la voluntad de una élite excluyente que llega a legislar sin conocimiento real y directo de las necesidades y peor visiones del pueblo, con el agravante que es peor sin legitimidad o contra la legitimidad colectiva en función de intereses individuales o familiares.

4. Costumbre contra ley

En los pueblos indígenas aparecen hechos consuetudinarios que son

completamente opuestos a los que prescribe la ley positiva o a la inversa actos legales que son contrarios a la costumbre de un pueblo. Conviene hacernos la pregunta ¿cuál debe prevalecer, la ley o la costumbre? Para los defensores del pensamiento jurídico liberal positivista, es la suprema ley por su carácter de formal, escrita y estatal, incluso olvidan que las normas son hechas por humanos y quienes son los fabricantes de leyes, generalmente gente que no tiene nada que ver en el parlamento, algunos pueden ser diputados pero no legisladores. La historia nos delata la tragedia de nuestros parlamentos con las indiscutibles excepciones, quienes han sido elegidos diputados no siempre son los más aptos, los que conocen la realidad profunda de los pueblos, ni menos los que tienen una cultura jurídico político solvente o hayan demostrado cualidades para legislar. En un Estado clasista, cada diputado responde a intereses de la élite económica, política, social, cultural, etc. con tales antecedentes suponer que las leyes son legítimas, justas es pecar de ingenuos y equiparar a la ley con la justicia es una pueril ilusión medieval.

Mientras que una costumbre al ser admitida como útil, necesaria y válida por todo un colectivo social conlleva legitimidad, en consecuencia al entrar en juego la legalidad y legitimidad -*ipso facto*- nos quedamos con la legitimidad o al entrar en contradicción la ley y la justicia la balanza deontológicamente debe inclinarse por la justicia.

Históricamente la costumbre tuvo preferencia sobre la ley, claro si surgió primero, en el derecho romano y más tarde en la legislación española concretamente en *la Partida* concedían primacía a la costumbre condicionada a las reglas de generalidad, notoriedad y evidencia de largo uso del hecho, además que su contenido sea moral, pero a partir del racionalismo cuando se puso en boga el derecho escrito, todas las legislaciones cambiaron de opinión.

Ahora las oposiciones entre la costumbre y la ley en la práctica van mucho más allá de una simple teorización, en determinados actos realizados con absoluta normalidad y regularidad por los pueblos indígenas son consideradas como delitos por el derecho liberal. En la región litoral ecuatoriana hay más matrimonios de facto que legales, aunque desde la década del ochenta la realidad social hizo posible el reconocimiento de las uniones de hecho para los efectos que éstos derivan asimilando a un matrimonio legal. En el ámbito

punitivo ecuatoriano sancionaba este acto consuetudinario como tipo penal llamado concubinato con pena de prisión de 6 meses a 2 años, ventajosamente la disposición fue derogada en la misma década del 80 del siglo pasado. Ahora es cierto que nadie fue a la cárcel porque para juzgar este delito era necesario presentar la acusación particular, al ser considerado como delito de acción penal privada y ningún ciudadano sensato, salvo curuchupas conventuales, va a sentirse agraviado en medio de una placentera unión romántica, lo que en hora buena ahorró al Estado ingentes recursos en construir gigantescas cárceles y gendarmes a custodiar a miles de "delincuentes" por ejercer el milenario derecho de amarse.

Elementos de la costumbre

Para considerar a la costumbre como práctica notoria, generalmente aceptada por la comunidad con efectos jurídicos es necesario que reúna dos elementos esenciales para su vigencia y aplicación: el elemento objetivo y subjetivo.

Elemento objetivo

Desde el punto de vista objetivo o material a la costumbre se la distingue de los usos y de los hábitos, no obstante los tres conceptos requieren repetición constante de unos mismos hechos durante un tiempo relativamente largo. Ahora tanto los usos como los hábitos se refieren a esferas de acción de diversas especíes, como los usos de etiquetas, simbologías, vestidos, ritualidades; por su parte hábitos tenemos los de moralidad, de higiene, comportamiento; mientras que la costumbre es norma jurídica reconocida y aceptada como tal por todo el pueblo, nacionalidad o etnia, lo que le vuelve obligatoria.

En cuanto al tiempo requerido para que una práctica constante sea considerada como costumbre es relativa, la doctrina no exigen como condición indispensable el largo tiempo, pero tampoco se puede reconocer que de un día al otro aparezca tal o cual comportamiento jurídico y pretenda aparecer como, costumbre tampoco puede ser considerado como tal, lo que realmente importa es que la norma tenga una claridad y legitimidad para su reconocimiento y aplicación. Sin embargo salvando un mejor criterio me arriesgo creer que para que una determinada norma consuetudinaria tenga vigencia y aplicabilidad debe mantenerse de manera ininterrumpidamente por muchos años y esos muchos años considero que no pueden ser

menos de una década. El Código de Comercio en su artículo 4, establece un tiempo no menor a diez años. Para que tenga legitimidad es necesario que todos los habitantes de una comunidad acepten como válida y lo que es más generalmente todas las costumbres existentes hasta nuestros días son aquellas que nos han legado nuestros padres, abuelos y más ancestros, o sea es una práctica histórica, por ejemplo el trueque es ancestral, la venta de hierbas medicinales por atados, la lana de borrego por cargas, los tejidos de lana (bayeta) por brazos, el pasto o hierbas por cargas o cortes, la mesada de ganados vacunos, la crianza de animales al partir, la elección del cónyuge para su hijo o hija por parte de los progenitores cuando es menor de edad, la tenencia de sus hijos recién casados por temporada o turnándose entre consuegros, la prueba (arischca) que realiza la suegra a la potencial nuera, el saludo de los menores con respecto a los mayores, la limpia o las mingas no es de pocos años sino es una costumbre milenaria que se conserva indeleble en la actualidad.

Elemento subjetivo

También se lo denomina elemento psicológico precisamente porque se requiere del *animus*, de la convicción personal, más la voluntad colectiva del acto o hecho que genere derechos y obligaciones. Para ello es preciso que el pueblo, nacionalidad o etnia debe comenzar aceptando la norma jurídica por su utilidad y justicia, es necesario contar con el ánimo y conciencia de creer y consecuentemente practicar tal o cual hecho consuetudinario y una vez que haya nacido pueda ir desarrollando, consolidando y propagando hacia la generalidad del pueblo ya sea por imitación o por adhesión.

La generalidad de aplicación de la costumbre es preciso señalar que no siempre es de aplicación total en una jurisdicción y población sino que a veces solamente tiene su vigencia y aplicación en determinadas circunscripciones territoriales y sectores ciudadanos que se dedican a una profesión u ocupación específica. Así encontramos costumbres nacionales, regionales y locales; también es preciso indicar que hay costumbres sectoriales o que se aplica en función de actividades que se realiza dependiendo de la profesión u ocupación, así tenemos costumbres que rigen solo para los comerciantes, en otras solo a los agricultores, etc.

Clasificación de la costumbre

La costumbre puede clasificarse dependiendo de la relación con la ley o por actividades o campos de acción, así anotamos los siguientes:

Por su relación con la ley

Según la relación que tenga la costumbre frente a la ley, puede ser: **conforme a la ley,** si la ley acepta y reconoce a la costumbre; **fuera de la ley,** si se refiere a conductas que no se hallan reconocidas y por consiguiente normadas en la legislación estatal; y **contraria a la ley** si llega a ser calificada una conducta determinada como contraria a la ley estatal y lo que es tipificada como delito.

Por la actividad de las personas

Según la actividad que ejerzan los integrantes de un pueblo, o todo el colectivo social con la que se manifieste, así tenemos: mercantil, cuando se intercambia los alimentos con otros productos similares o de vestir, mecanismo ampliamente conocido como *trueque* en forma directa o través de las *mindalas*. Costumbre civil, la donación o venta de un predio se hacía de forma verbal sin necesidad de título de propiedad, lo que en el derecho civil la propiedad se consolida con la tradición –inscripción del título de propiedad- en los pueblos indígenas basta la entrega material del inmueble, consolidándose con el festejo necesario –pachapichana- Costumbre laboral, no se acostumbra pagar un estipendio en dinero por jornadas de trabajo sino por especie, ya sea un vacuno, un chancho, granos, o corte de hierba para sus animales domésticos. Costumbre penal, no era condenado a cárcel el encausado sino a una corrección consistente en un castigo laboral o físico acompañado del infaltable consejo de los mayores, etc. etc.

La costumbre en la legislación ecuatoriana

Es incuestionable que el Ecuador al mantener un sistema de derecho escrito, la fuerza de la costumbre sea muy escasa, aunque dentro de esta escasez varíe el trato que la ley le asigne a una fuente según la rama del derecho que se trate. Mientras en el Derecho Civil y en el Derecho Laboral, es indispensable que exista un precepto legal que se remita a la costumbre; en el Derecho Mercantil la regla no es igual, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando se cumplan los presupuestos que expresamente dispone el Art. 4 del Código de Comercio:

"Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años".

Requisitos legales para la validez de la costumbre

Uniformidad

De la disposición anotada se desprende que para que la costumbre sea válida requiere que ésta sea uniforme, que no mantengan diferencias en la práctica de hechos o actos consuetudinarios. Los integrantes de la comunidad deben reconocer y practicar en forma igualitaria para todos; al momento que aparecen distintas las prácticas nos encontramos ante otro hecho o acto, lo que en derecho liberal positivista diría estamos frente a otro tipo penal o figura jurídica, por ello todo acto considerado como costumbre debe ser coincidente, idéntico.

Público

Otro presupuesto que exige el articulado para considerar o reconocer a un acto como costumbre es que éste sea público conocido por todos y practicado en forma colectiva sin reservas o secretos, a vista y paciencia de la comunidad; es obvio cualquier acto o hecho clandestino o en forma reservada, privada, podrá ser válida para las partes que acuerdan o contratan, pero no puede considerarse costumbre para toda la colectividad, por no ser un acto notoriamente conocido por todos los miembros de la comunidad.

Generalmente ejecutada

Además exige como requisito que sea generalmente ejecutada en la república o una localidad, es necesario indicar que el legislador no exigió que sea practicado por la totalidad de la población sino por la mayoría, eso es generalmente, caso contrario sería injusto que a alguien se le ocurre no aceptar y menos practicar, sabiendo que siempre hay alguien que puede tener reparos o simplemente no reconocer, además debe ser practicada, es decir debe ser una costumbre viva, efectiva, que produzca resultados tangibles, que se encuentre vigente y con plena aplicación.

Tiempo de duración

Finalmente el legislador exige que la costumbre sea reiterativa en el tiempo, si en la actividad

comercial exige al menos diez años, considero con más razón en otras actividades debe llevar más años, y no podemos complicarnos generalmente los hechos consuetudinarios en las comunidades son históricos, producto de una praxis de siglos lo que ha hecho perennizar por su validez efectividad en resolver los problemas. De todos modos una década es un tiempo mínimo para que cualquier ciudadano o vecino pueda valorar la conveniencia o no de su vigencia y aplicabilidad.

La Costumbre en derecho público

La regla es más ortodoxa tratándose del derecho público, impide la aplicabilidad de la costumbre y las diversas ramas que lo conforman impiden toda posibilidad contraria. Así tenemos varias disposiciones legales y la más importante por su jerarquía encontramos en artículo 119 de la Constitución Política del Estado que establece:

"Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley..."

La presente disposición constitucional deja sin posibilidad alguna de aplicar la costumbre, solo cuenta lo que éste explícitamente reconocido o legislado en la Constitución y la ley, el resto no cuenta y si aparece se tendrá como no existente.

Por su parte el Código Penal Ecuatoriano, al consagrar el principio de legalidad, pilar inamovible del Derecho Penal liberal positivista, en igual sentido impide cualquier referencia a la costumbre. El Art. 2 del Código Sustantivo Penal dispone:

"Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida". Esta disposición se basa en el principio de legalidad que se sintetiza en la sentencia latina " *Nullun crimen nullun poena sine lege"*, - no hay crimen no hay pena sin ley previa aprobada- precepto que si bien se encuentra en latín no proviene del derecho romano como se podría suponer, más bien tiene su origen en las grandes trasformaciones sociales de fines del siglo XVIII que tuvo como fin la defensa de los derechos sociales y las libertades ciudadanas, frente al abuso de gobiernos autoritarios principalmente monarquías absolutistas. El fundamento de aquel precepto radica, en no ser castigado por una acción que no se encuentre previamente tipi-

ficada como delito por la ley positiva. Además el precepto penal contiene una doble garantía para el supuesto reo.

1. - Ningún ciudadano recibirá una sanción por un acto por más que pueda parecer ilícito o delictuoso que no se encuentra definido por la ley.

2. - Si el autor es juzgado y se halla responsable en su acto delictuoso debe ser sancionado con la pena prevista en la ley y jamás por una pena distinta a la establecida o que no se encuentre determinado en la ley positiva.

En materia civil, laborar y mercantil cabe la aplicación de la costumbre, bien porque en los dos primeros casos la ley se remite a ella, o bien porque suple el silencio de la ley, entones urge resolver las cuestiones que esta proposición plantea: Si la costumbre es derecho, ¿deberá probarse ante los jueces?, ¿O será, como opinan algunos juristas, que como las normas jurídicas no requieren de pruebas, basta que se las alegue ante los jueces, los cuales están obligados a aplicarlas de oficio una vez se ha fundamentado, la prueba de la costumbre es innecesario?.

El Artículo 1715 del Código Civil se refiere según el cual incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas; y el Artículo 117 el Código de Procedimiento Civil, exige la prueba de las afirmaciones hechas en el juicio, pero no el derecho que, además se entiende conocido por todos.

No obstante y a pesar del contenido incuestionablemente jurídico de la costumbre, tal costumbre no ha sido promulgada en forma alguna, y por lo mismo, conforme el enunciado del Artículo 5 del Código Civil, la ley - para este efecto la costumbre - no obliga sino en virtud de su promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella. Por tanto mientras no se tenga noticia de la costumbre que se alega, no parece prudente exigir al juez que la aplique de oficio.

Algunas disposiciones del código civil ecuatoriano

El Código Civil Ecuatoriano establece en el artículo 2, la costumbre no es obligatoria, *"no constituye derecho, sino en los casos en la que la ley se remite a ella"*. Esos casos, son aquellos en que se trata de interpretar la voluntad individual no suficiente expresada en el acto o contrato. A continuación anotamos algunos casos en los que la ley se remite a la costumbre.

* Al tratarse del cómputo de

bienes el efecto de asignaciones forzosas el artículo 1211 inciso segundo dice que *"Ni se tomará en cuenta los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor"*.

* El Art. 1562, dispone que los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a lo que *"por ley o costumbre"*, pertenece a la naturaleza de la obligación para su ejecución.

* El Art. 1579, establece, que las cláusulas de uso común de costumbres se entienden incorporadas al contrato.

* El Art. 1881, establece que las reparaciones locativas queda obligado el arrendatario, conforme fije *"la costumbre del país"*.

* El Art. 1885, habla de que los pagos del precio o renta de arrendamiento se harán en los períodos estipulados o la falta de estipulación "*conforme a la costumbre del país*".

* El Art. 1928, establece si no se ha observado nada en el contrato se observará la costumbre del lugar para el tiempo de pago.

Usos y costumbres

El término *"usos y costumbres"* tienen un origen colonial. Durante el proceso de dominación colonial toda manifestación indígena había que eliminarla por considerar afrentosa a la corona española, las ceremonias, los ritos religiosos, las costumbres eran consideradas pecaminosas, paganas y hasta denominaban como herejías, en consecuencia había que ser destruidas, arrasadas por no ser oficiales sino simples usos y costumbres practicados por gente sin alma y raciocinio. Además se dudaba si sus autoridades –indígenas- eran legítimas, si sus normas guardan relación a la "*ley divina y natural*" y si eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiránicas, y eran incapaces de autogobernarse, eran pueblo sin fe, sin ley y sin autoridad. Las "Informaciones" toledanas impusieron lo segundo para poder justificar la guerra contra los indios, los "justos títulos de la Corona" y la legitimidad de la imposición colonial en Las Indias, para responder al severo cuestionamiento que hiciera en su momento el Fraile Dominico **Bartolomé de Las Casas**. Por ello, apenas se permitió los "usos y costumbres" indígenas que no violen la "ley divina y natural" y que no atenten al orden social, económico, político, religioso y jurídico colonial. Igualmente se permitió muy restringidamente a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios pero solo para

los casos internos, entre indios y de cuantía inferior o exigua; los casos mayores debían pasar al corregidor español. En la actualidad se sigue utilizando el término usos y costumbres, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico sino que se les da un estatuto inferior.

Usos y convenciones

La sociología alemana con **Max Weber** a la cabeza, utilizó el término *"usos y convenciones"* para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menor al de la norma legal. **Weber** estudió el proceso de institucionalización del derecho moderno, y concluyó que antes de que una regla social se convierta en norma jurídica, por lo general era una norma que tenía respaldo social, es decir legitimidad. A tales reglas que afloraban incipientemente en los pueblos las llamó *"usos y convenciones"* pues su práctica no estaba garantizada por la coacción estatal sino por una sanción social, colectiva o difusa. El sociólogo alemán no estaba estudiando una situación de pluralismo jurídico o coexistencia simultánea de sistemas porque su posición ideológica se inclina siempre por el derecho positivo legalista, más bien su estudio estuvo orientada al nacimiento o proceso de conformación de las normas del derecho estatal liberal. Sin embargo, algunos autores han utilizado este término para situaciones de co-existencia del derecho estatal con sistemas indígenas precarios calificando a los segundos como meros *"usos y convenciones"* toda vez que no habían llegado a ser reconocidos expresamente formalmente por el Estado y no estar institucionalizado como el derecho estatal.

Derecho consuetudinario

El término *"derecho consuetudinario"* tiene su origen como categoría del derecho romano, ahí encontramos la *"veterata consuetudo"*. Se refiere a aquellas prácticas repetidas inmemorialmente en forma sistemática, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo que las acepta como válidas sino que las considera obligatorias por su necesaria garantía de orden social. Por la categoría "derecho" se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término "costumbres", sino que alude a la existencia de un sistema de normas, un procedimiento determinado y una autoridad que juzga en base a tal sistema de normas. Sólo que la palabra

"consuetudinario" fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.

En general, la doctrina jurídica tradicional ha utilizado éste término para identificar a situaciones de colonialismo, expansión imperial –neocolonialismo- y países "independientes" con presencia de población indígena bajo el dominio de un sistema político hegemónico y como excepción o simplemente para diferenciar al derecho consuetudinario del derecho estatal dominante.

En suma, se denomina **"derecho"** -sin adjetivos-, al derecho unicista, estatal, oficial, imperial, positivo, liberal, escrito o codificado y **"derecho indígena"** a los sistemas normativos que sobreviven al margen de la ley, requerido por la práctica de los comuneros en los pueblos conquistados o políticamente subordinados. Un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las "políticas de integración" a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas.

Como se ha señalado, el marco del monismo jurídico genera problemas teóricos, valorativos, sociales, económicos, políticos y de legitimidad. La idea que solo es derecho lo que ha fabricado el Estado y los demás meras costumbres, no deja de ser una tesis discriminatoria, excluyente, reduccionista y lo que es peor exprofesamente sacrifica la enorme riqueza de sistemas jurídicos no estatales que constituyen opciones reales y modelos alternativos de administración de justicia y por el hecho de no ser reconocidos legalmente por el Estado, igual permanecerán tan vivas y dinámicas como garantía de equilibrio social en las comunidades o pueblos indígenas.

Algunas legislaciones latinoamericanas como la Ley Chilena de 1993, ha previsto la aplicación de la costumbre indígena en materia de justicia, reconociendo a la costumbre como fuente de derecho y en el ámbito penal se considerará su antecedente como atenuante o eximente en su responsabilidad.

El Artículo 54 de la Ley Indígena Chilena establece:

"La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertene-

cientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República, en lo penal se la considera cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.
Cuando la costumbre debe ser acreditada en juicio podrá aprobarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.
El juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de la parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, que sea proporcionado por la Corporación".

En sentido parecido el Art. 55 regula los litigios de tierras en el siguiente sentido:

"Para prevenir o terminar un juicio sobre tierras, en el que se encuentre involucrado algún indígena los interesados podrán acudir voluntariamente a la corporación a fin de que los instruyan a cerca de la naturaleza de la conciliación y de sus derechos y se procure la solución extrajudicial del asunto controvertido. EL trámite de la conciliación no tendrá solemnidad alguna".

Es necesario reconocer, respetar y proteger la jurisdicción indígena que aún conservan los pueblos pese a que en su mayoría fueron incorporados al derecho liberal sin su voluntad y en otros contra su voluntad una jurisdicción extraña y excluyente.

En el tema de los derechos humanos se afirma que la costumbre indígena es muy rígida y viola los derechos humanos, puede ser en determinados casos, pero como excepción jamás admitimos como norma, sin embargo preguntamos a los defensores del monismo jurídico cuantas veces en sus leyes positivas y al aplicar el derecho civilizado han atentado elementales derechos humanos, o han dejado impunes a los autores, cómplices y encubridores de atrocidades, crímenes de lesa humanidad, incurriendo no en simples errores sino horrores judiciales y pese a ello no se les pide la desaparición del derecho liberal.

Validez del derecho Indígena

El término *"costumbre"* o *"usos y costumbres"* resultan teóricamente limitados para referirse a

prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente frente a sistemas normativos suficientemente consolidados y que han adquirido un desarrollo dialéctico con todas sus visiones, creencias, tradiciones, prácticas y más elementos que se articulan en la sencilla armonía de vida comunitaria de los pueblos indígenas.

En este sentido los estudios sobre los sistemas jurídicos indígenas dan cuenta de una importancia mayúscula en mantener la armonía de la vida social y la capacidad de adaptación y cambio que han tenido sin que ello signifique renunciar o sacrificar las bases sobre las que se levanta el derecho indígena.

Derecho Indígena regula la vida social

El Derecho Indígena no es solo prácticas aisladas, sino que tienen un eje cultural que articula todo un sistema sustentando y consolidado. Al conocer y aceptar el sistema jurídico todos los miembros de la comunidad indígena lo practican, evidenciando a través de sus procedimientos ágiles y sencillos; autoridades confiables, sabias y experimentadas que resuelven conflictos con enorme efectividad. Si analizamos en función de resultados, el sistema jurídico cumple la función básica que toda sociedad anhela encontrar una herramienta efectiva para regular la vida social y organizar el orden interno. Como explicarse entonces el desarrollo de los pueblos antes de la conquista, acaso antes de la expansión colonial los pueblos originarios no tenían normas, acaso carecían de un sistema jurídico que garantice el equilibrio social, o no había autoridades legítimas que cumplan y hagan cumplir tal ordenamiento jurídico político; o, predominaba el caos.

Es común escuchar a defensores de la corriente positivista acusar a los pueblos indígenas carecer de todo orden, por tanto vivir en una anarquía total, sin autoridades, sin leyes, sin seguridad jurídica, donde predomina la ley de la selva y del más fuerte, en una sociedad anarquista. Preciso es aclarar que el término anarquía no siempre significa caos, desorden, destrucción. **Mijaíl Alexandrovich Bakunin** impulso el movimiento internacional del anarquismo como filosofía y política, sostiene que la anarquía es una filosofía de vida que desprecia a la autoridad no porque sí y ante sí, sino más bien porque ya no es necesario, porque la sociedad o la humanidad ha llegado a un estado de desarrollo tal –avanzado- que se regula por sí sola sin que nadie éste vigilando,

sin que exista sanción o coercitividad, sin policías, sino es una autorregulación consciente guiado por los principios de respeto absoluto entre sus congéneres, es decir una vida en una sociedad perfecta, es una convivencia en una sociedad sin jefes en la que el ser humano vuelve a ser y poseer la esencia humana: honestidad, desprendimiento y generosidad, vuelve al orden inicial de armonía natural, para conseguir aquello es necesario destruir toda expresión de Estado en una auténtica *"alegría de la destrucción"* del orden social imperante.

Sostienen los partidarios del anarquismo que la vida debe organizarse con ausencia de toda autoridad o gobierno sin más vínculos normativos que la conciencia de la propia personalidad y solidaridad natural y espontánea en un sistema económico colectivista o comunista libertario. Por consiguiente es un absurdo total dar derecho al Estado para castigar.

Fue el francés **Pierre Joseph Proudhon** el primero en usar la palabra anarquismo como una corriente ideológica que pretendió suprimir total o parcialmente el aparto estatal, sustentaba su teoría que es incompatible los conceptos libertad con poder. Al anarquismo en algunos ítems coincide con el marxismo por ejemplo la necesidad imperiosa de destruir el Estado como forma de erradicar las desigualdades sociales; sin embargo para **Carlos Marx** su destrucción debía ser gradual, previo paso definitivo hacia el comunismo era imperativo utilizar el mismo Estado, pero en manos de la dictadura del proletariado para crear las condiciones básicas de abolición de las clases sociales. **Marx** y sus partidarios llevaron duras batallas con partidarios del anarquismo, calificaban de utópicos, ingenuos y hasta oportunistas. La polémica de **Marx** con **Proudhon** fue intensa. Éste último escribió la **"Filosofía de la Miseria", Marx** respondió con la obra **"Miseria de la Filosofía"**.

Tomas Moro, en su obra **"Utopia"** y **Tommaso Campane-lla** con la **"Ciudad del Sol"**. esbozan los cimientos del anarquismo. En esta lista necesaria-mente debemos incluir a otro utopista como lo es el británico **Aldous Huxley**. **Moro** construyó la palabra utopía en 1516 a partir de la partícula griega oú –negativa-, sin, y el sustantivo tópos, lugar, es decir lo que no hay, no existe. Antes **Platón** en su obra **"La República"** también dejó sentado los cimientos de pensamiento utópico en una especie de sociedad o república ideal.

Bruno Wille, anarquista naturista, contrario al pensamiento de

Hobbes que sostiene que *"el hombre es el lobo del hombre"*, estima superfluo todo castigo porque el hombre nace bueno y sin las coacciones de la sociedad vigente no llegaría a delinquir. Por su parte **León Tolstoi**, anarquista cristiano sostiene *"nadie puede ni debe imponer penas a sus semejantes e imponerla produce a más de injusticias, verdaderas e inmensurables daños sociales"*. Agrega en su obra cumbre **"Resurrección"** el delito es producido por la propia ley y los tribunales no hacen más que mantener los intereses de clase, en esta misma línea **Franz Von Liszt** remata el *"derecho es la política del poder"*

Por qué y con qué derecho unos pocos hombres se arrogan el poder de encarcelar, castigar, atormentar, pegar, desterrar y condenar a muerte a sus semejantes.

Entonces como sustituir la justicia punitiva, el novelista ruso responde no castigar sino perdonarles setenta veces siete, como sentenció **Jesús,** tratando como hermanos, quién agregó que no debías resistir el mal con violencia, tesis fundamental a la que se apega **Tolstoi.**

En la misma corriente anarquista **Ruiz Funes** al comentar sobre la administración de justicia en manos de los hombres indica *"los jueces no sondean las entrañas ni leen en los corazones, y así su más justa justicia es ruda y superficial"* y **Bernal Quirós** agrega sobre las penas *"el crimen contiene en si la pena y la pena es un crimen"*. Por tanto si no estamos en capacidad de juzgar es mejor perdonar dejando al delincuente con las consecuencias de sus actos. Esta es la verdadera pena natural que conlleva sanciones del ofendido al reo, como por reacciones morales del delincuente, su contradicción interna que no deja tranquilo el delito cometido, el rastro que deja tras de sí el mal, remordimiento constante, la impulsión al arrepentimiento, al suicidio, unido al menosprecio del prójimo y la censura social. En efecto no puede haber peor pena que la pesada carga de conciencia que rondará en su mente hasta sus últimos días de vida.

Volviendo al tema que nos ocupa no es difícil entender como antes de la conquista, contrariamente a que piensan algunos trasnochados conservadores, racistas y reaccionarios, lo que predominaba era la vida en comunidad, los lazos de reciprocidad, mancomunidad y condescendencia, claro es que el ordenamiento jurídico estuvo tan fusionado con otros preceptos espirituales, religiosos, morales, etc. que no era fácil divisar la *"división de funciones"* al estilo de la sociedad contemporánea.

Sin embargo si revisamos el fin de la sociedad es *el bien vivir, bien estar, bien pensar y bien actuar* según el pensamiento cosmogónico filosófico de los pueblos indígenas; cada sociedad o pueblo en particular busca incansablemente la convivencia pacífica de sus ciudadanos, el equilibrio social y utiliza como medios el fortalecimiento de sus instituciones, la legitimidad de su pueblo, justicia libre de manipulaciones o privilegios, la credibilidad o confianza que gocen sus autoridades, etc. etc. el resto sobreviene por añadidura.

En suma no puede haber bienestar social o colectivo en un pueblo si no hay tranquilidad, ambiente sano o paz social, pero tampoco conseguimos bienestar y paz si no contamos con una auténtica justicia social redistributiva. Este triangulo interdependiente si existe en los pueblos originarios, hecho que garantiza inexorablemente el equilibrio social de sus miembros. Además el mayor mérito del sistema jurídico indígena no se sustenta en las desigualdades sociales, donde el derecho constituye un instrumento de dominación, de fuerza para imponer a la clase dominada, contrario al derecho oficial, el derecho originario garantiza la solidaridad, el apoyo mutuo de unos con otros, el sentido real y auténtico de la vida en comunidad, la armonía natural, que a lo mejor no era tan perfecta, pero muy cercana, en fin lo que queda claro es que es innegable la existencia de un sistema jurídico antes de la conquista, durante la colonia y que ha llegado hasta la actualidad y tiene plena validez y legitimidad al interior de sus pueblos.

Capacidad de adaptación y cambio

Si mentalmente hacemos un recorrido en la máquina imaginaria del tiempo de **Julio Verne**, moviendo las agujitas para atrás, hacia la infancia de la historia humana, podemos entender las penurias de nuestros ancestros considerados salvajes, o en el mejor de los casos seres intermedios entre el animal y el humano. **Cardoza y Aragón** afirman indios, negros, indígenas, etc. es, como mostraron **Franz Fanon y Jean Paul Sartre** en brillante reflexión, el producto necesario del proceso de colonización: ni ser humano ni animal, sino un término medio entre ambos. En el lenguaje brutal-revelador del fascismo: *Untermenschen* (infrahumanos), que en su totalidad constituyen los pueblos marginales (*Randvoelker*), que sirven a los pueblos dominantes (*Herrenvölker*) del

primer mundo como esclavos de trabajo. Indios y negros nacieron de la dialéctica de la explotación, nacieron para perder frente al botín de conquistadores y colonizadores que no solo vinieron a usurpar nuestras tierras, sino a colonizar también nuestras mentes, hecho que constituye un hecho más grave que la conquista física, arrebataron las mejores tierras, violaron a las mujeres indias, obtuvieron mano de obra gratuita e inyectaron en las mentes indígenas cadenas mentales de obediencia y resignación, más fuertes que las cadenas metálicas, cadenas que aún no podemos extraer de la profundidad en que están clavadas por obra y gracia de la conquista, colonización hoy martilladas aún con más fuerza por la acción neocolonizadora del imperio. También destruyeron nuestra identidad y dignidad humana configurándose en el más espantoso etnocidio y genocidio registrado en la historia.

Un parangón histórico nos ilustra estos acontecimientos que parece una clonación después de más de diez siglos de aparente superación a la indigna actuación del género humano: en la economía esclavista romana se diferenciaba entre el *instrumentum mutu, el instrumentum semivocale* y *el instrumentum vocale,* refiriéndose estas categorías a la herramienta, los animales -de uso- y los esclavos; en esta escala, el esclavo era el –más perfeccionado de los instrumentos- o sea una cosa con voz; pero muy distante de alcanzar a ser ciudadano patricio.

A riesgo de soportar terribles castigos, trabajos forzados, persecuciones, genocidios, es increíble la resistencia indígena, como pudieron aguantar las inclemencias sociales sobreviviendo ante las más terribles adversidades y con ello conservar su sistema jurídico y luego su enorme capacidad de adaptación y cambio a las nuevas demandas sociales de sus integrantes.

En términos jurídico-políticos, los colonizadores dispusieron la penalización de prácticas indígenas que "atentaren" contra la ley estatal, en consecuencia persiguieron y reprimieron a los curanderos, shamanes, yachas, acusando de brujos, hechiceros, encarnados del diablo, situación parecida sucedió con los pueblos que cultivaban plantas medicinales alucinógenas que fueron acusados de delincuentes narcotraficantes o paganos por el pecado de realizar rituales y ceremonias como agradecimiento a la Pachamama por los frutos cosechados y así podemos anotar una lista interminable de acusaciones, imputaciones y lo que llama la atención es que aún no han terminado tales perse-

cuciones en determinados pueblos reafirmando una vez más como se arroja por la borda el trillado derecho a la diversidad y el necesario principio de la tolerancia como imperativo categórico de una convivencia pacífica de los pueblos de la orbe. Sin embargo su energía congénita pudo más que la fuerza bruta destructora de los conquistadores en conservar hasta nuestros días tantas e invalorables prácticas ancestrales y el sistema jurídico en particular.

El Derecho indígena es atraso

En la visión del monismo legal, el derecho indígena no alcanza el mismo estatuto que el derecho positivo liberal, aunque pueda tener igualmente normas, autoridades, instituciones y procedimientos propios. La palabra "indígena", además, fosiliza a los sistemas jurídicos no estatales bajo el prejuicio que son estáticos en el tiempo, por tanto no permiten reformas acordes a las nuevas circunstancias, mientras que el derecho estatal o liberal sí aparece con capacidad de cambio y son reformados tantas veces el legislador así considere necesario. Por ello, algunos utilizan como sinónimo de indígena lo "tradicional" de ahí que no es raro escuchar los calificativos de sistemas atrasados, arcaicos, primitivos, inferiores. En el nivel valorativo, se considera a los indígenas y sus sistemas como "inferiores".

En términos políticos, esta categoría no cuestiona la situación del sistema subordinado, más bien justifica esta subordinación dado el supuesto que el derecho consuetudinario es "local" contrario a lo nacional y hegemónico y "atrasado" como antítesis a la modernidad del derecho estatal. Igualmente, ha justificado su explícita discriminación proponiendo muy "generosamente" la igualdad ante la ley (ley positiva liberal) que se enseñe y practique con sus usuarios atrasados políticas civilizadoras, que se les ayude a civilizarlos, alcanzar el progreso, y su "integración" o "asimilación" a los "Estados modernos". Esta tesis estuvo presente en disposiciones del Convenio 107 de la OIT apareciendo generosamente como instrumento de apoyo a los pueblos indígenas y tribales a superar el atraso, ayudar a socializar el derecho oficial en los pueblos indígenas para poco a poco alcanzar el nivel de los pueblos civilizados.

Hecho la ley hecho la trampa

Desde la perspectiva del monismo legal se suele hacer una inter-

pretación restringida y distorsionada de la diversidad cultural al sostener que violenta el principio de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica. El derecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso del propio idioma, religión y la práctica de su sistema jurídico, también es un derecho consagrado universalmente, entre otros, por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y tiene su razón de ser en el hecho de reconocer indiscutiblemente la existencia de múltiples culturas, nacionalidades, etnias, que se expresan a través de su vestuario, creencias, prácticas, tradiciones, etc. que hasta un miope puede evidenciar la existencia de colectivos sociales organizados como los indígenas, mestizos, afroecuatorianos, afroamericanos, migrantes, refugiados y más minorías entre otros sectores o pueblos que cuentan con su propia cosmovisión de vida.

El monismo jurídico argumenta que el derecho a la igualdad ante la ley evita la discriminación y permite el acceso de todos los ciudadanos a las mismas oportunidades y responsabilidades; y, el ejercicio de los derechos económicos, sociales, civiles y políticos, para el pleno desarrollo individual y social. Sin embargo tras la decantada igualdad ante la ley esconde el sello de clase que implica en la praxis la más genuina desigualdad ante la ley.

La ley, voluntad soberana, simple ficción

El código civil ecuatoriano expedido en 1860 tiene como antecedente inmediato el código liberal napoleónico y este se sustenta en el histórico **Hábeas Juris Civitates Romano**, clasista por naturaleza. En efecto el código sustantivo del Ecuador define a ley en su primer articulo: *"La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifiesta en forma prescrita en la Constitución manda, prohíbe o permite"*. La mayoría de leyes son pura ficción, en unos casos ex profesamente y en otros aspirando cumplir con el espíritu deontológico que anhela la sociedad. La definición de ley es la primera gran ficción al declarar como expresión soberana por ser el pueblo quien elige, se entiende democráticamente a los legisladores; otra ficción, se presume que el legislador es aquel ciudadano versado en leyes que va a crear, modificar normas de conducta humana, en función del interés colectivo para una plena cohesión social; la realidad nos demuestra exactamente lo contrario, esto es puro cuento, es una perfecta herejía, quienes acceden

a la curul legislativa son quienes disponen de fortunas económicas, estatus social, posean notoriedad por ser artistas, deportistas, etc. en definitiva los dueños de los medios de producción directamente o a través de ellos sus títeres que lo representan.

Desde 1830, año de la independencia política de España y fundación del Estado Ecuatoriano quienes pudieron acceder a la Asamblea Constituyente debieron cumplir con requisitos como tener ingresos económicos no menos de 300 pesos al mes y un patrimonio personal valorado en no menos de 3000 pesos. Quienes no reunían este requisito como fue la mayoría de los ecuatorianos –campesinos, peones de hacienda, huasipungueros, yanaperos, jornaleros, artesanos, domésticas, y la inmensa mayoría popular, estuvieron vedados en acceder a este organismo legislativo. Por lo tanto solo podían acceder al parlamento, terratenientes gamonales, luego empresarios y en las últimas décadas, la plutocracia o sus representantes que astutamente fundaron partidos políticos para cumplir con la ley electoral, ley que acomodó los intereses de la clase dominante. En el mismo sentido los partidos políticos han desvirtuado por completo su razón de ser –pilares de un sistema democrático- no son sino un club de amigos creados para deleitarse del poder político, similar que un club deportivo, un banco o una corporación para distraerse, amasar fortuna y últimamente fabrican ONGs. –fundaciones de beneficencia, que aparentan labor filantrópica de ayuda a los niños, ancianos y pobres en general, aunque tras de la labor caritativa escondan tramposamente la evasión de impuestos al fisco y su real actitud farisaica de incomparable hipocresía.

Antiguamente la voluntad soberana radicaba en Dios "Estado Teocrático, luego en el rey "Estado Monárquico", al menos fue más sincera su actuación hoy prima la hipocresía al proclamar a los cuatro vientos el dogma político que la soberanía radica en el pueblo cuando el pueblo esta excluido de la élite dominante, maltratado y dominado como siempre por la rancia oligarquía que acceden al poder político coadyuvados por una alienante campaña electoral financiada por emporios económicos que también controlan el poder político y el congreso en particular encargadas de fabricar leyes favoreciendo sus canonjías y perversos intereses.

Al tenor de la ley soberna, todo lo que se encuentre conforme a la ley

es legal y todo lo que no guarde armonía es ilegal, hecho que los defensores del derecho liberal han elevado a categoría de principio de legalidad y con ello todos los actos de los ciudadanos tienen que guardar relación con la ley, caso contrario son declarados ilegales, injustos, ilegítimos, ilícitos, sin importar que la ley sea justa o no, violatoria a la libertad, ética, dignidad, equidad, igualdad y más principios universales del derecho y los mismos derechos humanos, incluso olvidándose ex profesamente de otras fuentes del derecho como la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia. La misma ley determina al órgano de administrar justicia, dependiente del poder público-judicial encargado de aplicar la ley a través de jueces y tribunales de justicia que luego de juzgar la conducta humana tipificada como legal o ilegal en la sentencia, luego de la parte motiva declara *"Administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley..."* absuelve o condena al procesado. En igual sentido jueces y magistrados de justicia se declaran como elegidos por la república, representantes del Estado, representantes de la soberanía popular. Otra declaración sacramental del mismo estilo se realiza por parte de autoridades de educación en la secundaria como en la universitaria al otorgar el título de graduación.

En definitiva la ley aparece como norma suprema elevada a majestuosa autoridad, por tanto a ser acatada y cumplida imperativamente por la ficción de ser el resultado de la elección popular o voluntad del soberano pueblo.

Igualdad ante la ley una ficción más

Joseph Goobels, ministro de propaganda del Estado nazi, sentenció *"una mentira cien veces repetida termina imponiéndose sobre la verdad"*. Tanto se ha dicho sobre la igualdad ante la ley que parece letanía y así pretenden hacernos creer que eso es cierto, que no hay discrimen, exclusión como en tiempos de la antigüedad entre patricios y plebeyos; señores y siervos como en la edad media. También se han bombardeado ideas de igualdad, tal como fue uno de los preceptos de la revolución francesa *"igualdad, libertad y fraternidad"* que en realidad significó un avance frente al largo período de oscuridad medieval, estancando irreparablemente las ideas de cambio. Sin embargo la revolución francesa, pese a reivindicar derechos políticos importantes como la sustitución de la monarquía absoluta por la monarquía repu-

blicana, constituyó la primera revolución burguesa en el mundo, dando lugar al nacimiento de la clase burguesa minoritaria y dominante sobre la clase proletaria y mayoritaria, motivo por el que propios ideólogos de los cambios liberales como **Rousseau** llegó a afirmar que el origen de la desigualdad está en la aparición de la propiedad privada y agregó: *"Los hombres nacen libres e iguales pero en todas partes están cargados de cadenas"*. Similar criterio tuvo el leñero y ex presidente norteamericano **Abraham Lincon**, quien dijo un cierto día: *"todos los hombres nacen iguales pero es la última vez"*. **George Orwell**, novelista inglés decía: *"Todos son iguales, pero algunos son más iguales que otros"*; hoy podemos agregar: Todos los hombres nacen iguales con excepción de los desiguales.

En la antigüedad el filósofo **Aristóteles**, siempre se mantuvo en contra de la igualdad, buscó formas para justificar la división de clases en ciudadanos y esclavos, concluía que hay un grupo de hombres que nacen para pensar, filosofar y otros para los trabajos físicos, siendo estos "esclavos natos". El filósofo se "olvidó" que toda obra así sea esta física se hace previo razonamiento y el diccionario define a la filosofía como la acción de pensar, en consecuencia todo ser humano es de alguna manera filósofo.

El cristianismo primitivo arribó en contra de las desigualdades, predicó la igualdad, más **Agustín de Hipona** trajo la tesis de la predestinación que se argumentan en la inalterable voluntad o ley de Dios. **Martín Lutero** combatió esta tesis con la reforma cristiana, los calvinistas resucitaron la tesis Agustina. La revolución francesa pregonó como uno de los postulados la igualdad, pero fue la corriente socialista del siglo XIX quien más desarrolló la tesis de igualdad, incluso sacrificando los otros postulados de la revolución francesa libertad y fraternidad, al sostener los ideólogos del socialismo que *"no hay libertad sin igualdad"*. **Carlos Marx** contrario a la tesis de la desigualdad natural defendida por los ideólogos liberales indica no hay desigualdades de cerebros, sino la misma radica en las desigualdades sociales como expresión de las relaciones sociales de producción asimétricas.

Concluimos que la igualdad es otra ilusión, jamás somos iguales ante la ley "burguesa" determinada por su sello de clase, por su voluntad de dominio hacia los demás. Pensar que la burguesía elabora la ley, en base al interés colectivo, guiado por preceptos

éticos, políticos, de justicia social, humana en función de las demandas sociales es una herejía medieval, pecamos de ingenuidad. Jamás un campesino tiene un trato igualitario que un terrateniente ante una solicitud de crédito bancario, si ni siquiera cuenta con garantías para el crédito hipotecario o prendario, por carecer de título escriturario y para acceder a este documento es necesario disponer de una propiedad sobre inmuebles suficientemente onerosos, y en el evento de poseer un pequeño predio, el banquero jamás confiará el crédito a quien tiene un minifundio en los arrabales, en consecuencia queda descartado la igualdad de oportunidades, similar situación sucede con el asalariado frente al empresario. Las desigualdades son evidentes entre el comerciante ambulante y el gran comerciante importador o exportador; el artesano y el industrial; la domestica y el gamonal; el lustrabotas y el tecnócrata; el maestro y el banquero.

La sociedad contemporánea postcapitalista indica transitar por el andarivel exactamente contrario a las ideas pregonadas por la corriente socialista que indicaba el sendero de la igualdad legal y social. Hoy se nota con más fuerza las desigualdades desde lo más cotidiano como es la preferencia de unos ciudadanos que no hacen fila al embarcarse en el avión o tienen asientos en primera fila frente al resto que hace fila y ocupa puestos posteriores. La visa para viajar en el mundo tienen acceso quienes justifican gozar de una solvencia económica, no importa la parte ética o moral sino cuenta la chequera, las tarjetas de crédito, o los títulos acciones de inmuebles o acciones en corporaciones, el vestido con ropa de marca, incluso es común escuchar cínicamente *"conforme te vistes de tratan"*, acceder a un empleo no lo consigue cualquiera persona tiene que tener buenos padrinos, o si es mujer ser joven y muy atractiva, las preferencias son notorias en el vehículo que conduces, la institución donde de educaste, el barrio residencial donde vives, etc. etc.

Jamás habrá igualdad mientras persista la propiedad privada sobre los medios de producción y el Estado clasista la proteja. La trilogía es inseparable como el dogma de la fe cristiana el de la santísima trinidad, romper el dogma de la desigualdad natural determinará la liberación de una clase y la conquista de la igualdad natural y social de la humanidad.

Estado de derecho

El Estado de derecho se inspira en la constitución norteamericana y

en las ideas del pensamiento enciclopedista como antítesis de los estados absolutistas monárquicos donde la voluntad del rey era ley para todos. Considera como principio básico aceptar la autoridad de la ley oficial, el sometimiento al derecho estatal por parte de todos los ciudadanos incluidos las autoridades o gobernantes, por consiguiente no hay autoridad por encima de la ley. La ley establece los mecanismos legales para garantizar las prerrogativas de las personas y en el evento de violentar estas potestades, posibilita acudir a un juez para restablecer los derechos atropellados y resarcir daños de autoridades que deben ser independientes. En efecto, esta es la tesis de la corriente positivista, se conjuga generosamente el derecho, más se olvidan exprofesamente que el derecho es desigual en una sociedad –Estado- de clases, por tanto de que derecho se habla si el derecho es la voluntad de una élite tiene el poder, talvez del derecho a mantener el statu quo de la dominación de unos pocos hacia la inmensa mayoría dominada, o del derecho de perennizarse en el poder y recibir toda clase de privilegios y canonjías, del derecho a ordenar al pueblo, explotar al proletariado, del derecho a matar de hambre a la población pobre indigente, del derecho a arrojar a la desocupación a miles de trabajadores cuando han tecnificado sus industrias sin pagar una indemnización justa, del derecho a acceder a funciones estatales para saquearlo y luego reivindicar el derecho a la impunidad, y hasta del derecho o libertad de eliminar a los "sujetos peligrosos" que atenten contra la "sociedad". **Juan Jacobo Rouseau** en su obra **"El Contrato Social"** indica que el derecho del más fuerte radica en la imposición de la fuerza en derecho y la obediencia en deber, en consecuencia la dicotomía fuerte - débil, derecho – deber, es la clave para mantener el sistema imperante, sin aquella fórmula mágica no podríamos pensar que el derecho del más fuerte se perennice porque quien vence es superior y quien es superior domina legitimando con "su" derecho.

Amo y esclavo reivindican el derecho por igual: el primero para defender *"su derecho"* de exigir el máximo rendimiento al trabajo de *"su esclavo"*; mientras que el esclavo reclamará su derecho elemental a la libertad e igualdad. El empleador ejerce *"su derecho"* de obtener mayor ganancia remunerando menos y explotando más al trabajador; el segundo reclama el derecho a un salario justo y a una vida digna y decente.

Carlos Milla sostiene al hablar de derecho, estaremos hablando de las leyes que norman sus exigencias y cumplimientos... y surgirá entonces la pregunta: ¿Quién tiene derecho para impartir y dictar las leyes que norman el Derecho? La respuesta es obvia los elegidos por la mayoría en mérito a los mecanismos de un fantasma, similar al Éter, llamado Democracia, inventando por quienes defienden la sacrosanta propiedad privada, y que, al igual que los dogmas de la "Ciencia", todo lo permite si se han seguido las reglas de un procedimiento que algunos "iluminados" inventaron para su convivencia.

En efecto, solo es concebible un estado de derecho cuando el Estado o la sociedad hayan resuelto los problemas de la pobreza, morbilidad, mortalidad, desempleo y subempleo, analfabetismo, corrupción, injusticias sociales, dependencia, exclusión, desigualdades, mientras tanto el estado de derecho solo es el arma del poder para apagar rebeliones, insurgencias y revoluciones sociales del estado llano descontentos por las injusticias sociales imperantes en una sociedad llena de asimetrías sociales, en otras palabras cuando el pueblo identifique a los verdugos, recupere el timón del poder y gobierne para el pueblo y con el pueblo.

La seguridad jurídica

La seguridad jurídica tiene sus orígenes históricos en el **Bill of Rights** - Declaración de Derechos- de Inglaterra en el año 1689 que lejos de privilegiar a una élite procuró proteger a toda la población inglesa, en tal documento histórico encontramos los 12 agravios del Parlamento contra el gobierno despótico de **Jacobo II** que tuvo que deponer el trono inglés.

Los iuspositivistas sostienen que la seguridad jurídica es la certidumbre que todo ciudadano tiene sobre los alcances y limitaciones atribuidos en la ley a la autoridad pública, con lo que se puede conocer donde comienza y donde termina las atribuciones del poder público y con ello se obtiene tranquilidad y no esperar sorpresas inesperadas de los gobernantes.

Bajo la sacrosanta idea de seguridad jurídica se ha impuesto a diversos pueblos que han sido sometidos al sistema jurídico positivista liberal creado para y por una sola clase social dominante –burguesía-.

Pese a que el sistema jurídico positivista pregona la seguridad jurídica en un estado de derecho, resulta paradójico la enorme inseguridad jurídica entre los integrantes de los pueblos políticamente subordinados, entre los

que sobresalen los pueblos indígenas, cuyo derecho histórico no es reconocido, por tanto sus integrantes no tienen la seguridad la certeza jurídica a ser juzgados por su sistema jurídico indígena, en su propio idioma, en función de su cultura y a la luz de sus creencias, visiones, ideales que de hecho en algunos ámbitos son diametralmente contrarios o al menos distintos de los esquemas de la sociedad global y su derecho liberal, por ejemplo aprehender a los cuatreros *in flagrantes* en el robo de vacunos de pequeños ganaderos campesinos e indígenas, lejos de sancionar a los autores de *abigeato*, la persecución va contra los dirigentes o autoridades comunales inculpando de ser responsables del delito de *plagio, detención indebida y usurpación de funciones, arrogación de atribuciones* en fin terminan dictando sentencias condenatorias injustas, represión sistemática, sanción ejemplarizadora, arrojando a las hacinadas cárceles, antesalas de la muerte, auténticos semilleros de la delincuencia.

La lógica monista del derecho no sólo ha afectado la seguridad jurídica sino también los derechos fundamentales de la población no representada culturalmente en el derecho oficial. El disponer que sólo es válido el sistema estatal, ha dado lugar a la persecución y penalización de muchas prácticas culturales milenarias aceptadas como validas por sus pueblos, así tenemos entre otros actos perseguidos por la autoridad estatal: uniones conyugales tempranas son tipificadas como delito de estupro-, el uso y manejo de plantas medicinales son prohibidas por leyes antinarcóticos con el riesgo de ser calificados narcotraficantes, prácticas religiosas y culturales son conceptualizados como *"brujería"*, el látigo ejercido por comuneros a los cuatreros que cometen delitos de abigeato son reprimidos y penalizados por delitos de *secuestro*, *detención ilegal*. Igualmente, se ha reprimido a las autoridades legítimas de pueblos que tienen otros sistemas jurídicos por *usurpación de funciones*, *abuso de autoridad, encubrimiento de delito, plagio*, *coacciones*. Alzar la voz y denunciar las pestilencias de autoridades cómplices y sumisas del poder político y económico motivó el enjuiciamiento penal por el delito de *rebelión*, como soporté en carne propia un proceso penal insólito que al final el Segundo Tribunal Penal del Azuay me absolvió siendo ratificada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, antes el juez cuarto de lo penal, el agente fiscal y una de las salas de la Corte Superior de Cuenca me

condenaron a prisión, sin llegarse a ejecutar por la fianza rendida, con el agravante que me suspendieron el ejercicio profesional por más de un año. Este proceso desencadenó en otras causas penales en las que también me juzgaron por delito de *invasor e injurias* que para desgracia de los denunciantes se me declaró inocente luego de un proceso enmarañado y tedioso de algunos años, más la saña de determinados jueces y funcionario de gobierno, sumado al poder político movieron cielo y tierra –cancillería del Ecuador y embajada de Alemania- para condenarme todo por el gran pecado de haber cuestionado, a un gobernador provincial reaccionario durante el gobierno neoliberal de **Gustavo Noboa** -año 2000-, por un medio radial su parcialización como autoridad, a favor de una ONG alemana –Apoyo a Niños- que traficaba con los niños, la pobreza de comuneros desposeídos de Quingeo-Cuenca-Ecuador, fotografiando a infantes descalzos, despeinados y harapientos, luego enviar a los padrinos alemanes para recolección de fondos y finalmente engullirse el grupo familiar que conformaba la ONG sin entregar todos los fondos sino limosnas a la niñez campesina-indígena.

Igual sucede a quienes defienden los pocos recursos naturales no renovables que queda a la humanidad deshumanizada son acusados de *sabotaje, desacato, usurpación*; por el "delito" de ejercer el derecho a la tierra y denunciar los atropellos de compañías extranjeras mineras, acusados como reos, invasores, así casos como los citados y otros de menor grado encontramos a diario por todo el territorio nacional. Parece surrealismo mágico, más los casos hablan por si solos, ni es virtual ni es pura fantasía es una cruda y dramática realidad presente a inicios del tercer milenio resultado del pensamiento jurídico liberal positivista hegemónico destartalado que a pesar que va cayendo en pedazos se resiste a aceptar que hay otras corrientes diversas del pensamiento jurídico social.

El fraile dominico **Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria** fueron los primeros en hacer volar en pedazos el sistema jurídico hegemónico absoluto, defendieron el pensamiento denominado pluralismo jurídico y ahora lo que nos toca es luchar para que el derecho indígena sea reconocido plenamente por los Estados nacionales y tenga plena autonomía y constituya la mejor garantía de equilibrio social, fraternidad humana en armonía plena y hasta me atrevería a decir obediente únicamente con nuestra madre naturaleza.

También es real que un sistema jurídico viejo, destartalado, empieza a desplomarse, éste se vuelve más agresivo y peligroso, por ello no faltarán ideólogos del positivismo liberal que sostengan que mejor resultará adoctrinar a los indios "ignaros", reforzar la persecución a los indígenas "salvajes" y reinsertar a la sociedad civilizada, incluso algunos extremistas enemigos declarados de los pueblos indígenas han sostenido que estos pueblos –indígenas- constituyen el mayor peligro para la paz social y conservación de la especie (¿?). De todos modos conviene socializar las siguientes interrogantes: ¿Quiénes son los representantes del sistema jurídico liberal que juzgan y penalizan las prácticas milenarias de pueblos indígenas? ¿Entienden la visión cosmogónica filosófica de los pueblos originarios?, ¿Quién les dio el poder para juzgar?, ¿Tal poder tiene legitimidad?, ¿En nombre de quién condenan a los pueblos?, ¿persiste el genocidio y etnocidio?, ¿El Estado representa a todos los pueblos y nacionalidades? ¿Se han preguntado alguna vez los juristas liberales si les gustaría ser juzgados por autoridades extrañas a su pueblo y derecho?, ¿Es la ley la única fuente que debe valorarse y aplicar? No será mejor previo a actuar en todos los actos de nuestra vida primero reflexionar e interrogarnos. ¿Estoy capacitado para conocer y juzgar a un indígena o su colectivo que tiene otra cosmovisión del mundo? ¿Tengo la suficiente legitimidad para actuar?. ¿Quién otorgó tanto poder al juez para arrojar a la cárcel a un semejante?. ¿Qué tal si el reo no es tal sino inocente?. ¿Cómo reivindicar a un condenado que resulta inocente?. Al respecto nos viene bien la siguiente reflexión: Un cierto día se acercó el príncipe **Tzu Chang** y dirigiéndose al maestro **Confucio** preguntó ¿Cuántas veces ¡Oh iluminado filósofo!, debe un juez reflexionar antes de sentenciar?. El Maestro respondió: -Una vez hoy; diez veces mañana. Como la respuesta era ambigua y confusa agregó el filósofo -Una vez será suficiente cuando el juez, por el examen de la causa concluye perdonando. Diez veces, sin embargo, deberá el magistrado pensar, siempre que se sienta inclinado a librar sentencia condenatoria. Es extremamente delicado juzgar a un hermano y pero todavía enviar a la cárcel, por ello es conveniente preguntarnos ¿Quién soy para juzgar a mi 'fraterno'...? **"fraterno"**, es un término que en la actualidad es muy manoseado, cierto es. Fraterno, etimológicamente proviene del latín *frater, hermano* y no

aludía solo a un lazo de parentesco, sino designaba a todos los integrantes de la especie humana, de la "familia humana". Con la práctica del sacramento del bautismo los primeros cristianos terminaban dividiendo a la humanidad en cristianos y los demás. Posteriormente siguiendo este mal ejemplo, otros grupos y sectas religiosos también empezaron a denominarse entre sus miembros hermanos. En realidad todos somos hermanos, es cuestión de viajar imaginariamente a nuestro pasado remoto y hace 5 millones de años nos vemos emparentados con el género *homo*, y si retrocedemos un poco más encontramos emparentados con todo los seres vivos, sin excepción, hasta llegar al *big bang* en la que estuvimos confundidos con toda materia que existe en el universo, no sin razón **San Francisco de Asís** llamaba no solo a los hombres como hermanos sino a las aves como sus hermanas, en igual sentido llamaba a otros elementos de la naturaleza como *"hermana agua"*, *"hermana candela"*, etc. porque todos, tanto seres vivos como inertes, estamos constituidos por moléculas que en términos de los astrofísicos *"somos polvo de estrellas"*. Conviene intentar una gran cruzada de liberación de la humanidad de todas las cadenas mentales que impusieron las sectas y grupos religiosos sin importar el credo, color y gusto que éstas tengan por la auténtica religión de la hermandad.

En definitiva, los integrantes de los pueblos indígenas y de grupos sociales, culturales diferentes a la cultura oficial, no nos sentimos representados por el Estado liberal, elitista, excluyente, ilegítimo, representativo y represivo que inexorablemente es fuente innegable de conflictos, conflictos que a la postre resultan inútiles y absurdos si medianamente entendiéramos y practicaríamos el principio de lo diverso y la tolerancia en una convivencia de interculturalidad.

CAPITULO OCTAVO

Pluralismo jurídico

El monismo jurídico nunca sintonizó las demandas de los pueblos indígenas y su emergente derecho histórico, jamás tuvo la capacidad de entendimiento de otros sistemas normativos diferentes al estatal, siendo nec-esario recurrir a la perspectiva teórica del "pluralismo jurídico". El "pluralismo jurídico", a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico llamado Estado. En términos genéricos se llama sistema jurídico o "derecho" a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social, organización interna y solución de conflictos. Además en este "derecho" encontramos normas que establecen cómo crear o modificar las reglas o normas de conducta, procedimientos, instituciones y sus autoridades.

El Pluralismos Jurídico parte del reconocimiento de más de un sistema jurídico en un espacio geopolítico, es decir a más del sistema jurídico oficial implica la coexistencia de uno o más sistemas jurídicos el caso del derecho indígena. Por tanto los sistemas jurídicos se encuentran a veces en disputa pero también pueden interactuar y complementarse, todo depende de la comprensión, comparación, confluencia y diferencias que se tenga de los valores culturales de los sistemas existentes, hacia una visión amplia, integradora e incluyente. La propuesta del pluralismo jurídico alentado por la lucha de los movimiento indígenas ha reivindicado su reconocimiento al menos en las constituciones de los Estados de Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, Chile y México en América Latina, así como en Sudáfrica, Ghana, Zambia, no obstante hace falta la regulación en las leyes de estos países para que su reconocimiento pase a ser efectivo en la defensa de

los derechos de los pueblos.

El pluralismo jurídico significa la co-existencia de varios sistemas normativos, al margen de su reconocimiento "legal" o no del estado nacional, lo que si es necesario es su existencia como sistema jurídico de un pueblo, que lo reconoce como válido y efectivo, dentro del Estado o del espacio geopolítico determinado.

El pluralismo jurídico tiene la enorme ventaja o mérito de ser tolerante con las diversas formas de expresión de otros derechos de diversos pueblos que se manifiestan de manera distinta, esto no significa para nada impulsar un caos de legislaciones, autoridades o quizá desentenderse de dichos pueblos, sino que permite la convivencia pacífica de los pueblos con un reconocimiento explícito a las reglas o preceptos imperantes dentro de la comunidad. Sus normas, procedimientos y autoridades, cuentan con capacidad plena para decidir y construir su pueblo aplicando el principio de la libre determinación. La teoría de la libre determinación de las naciones no ha sido reformado un centímetro, tal como está parece una mera tesis declarativa, desventajosamente en la practica se ha estacionado para los Estados nacionales, donde su soberanía ha sido duramente violentada y con respecto a los pueblos indígenas no solo que los estados nacionales y los neocolonizadores han hecho detener su avance sino que pretenden retroceder y desaparecer de la teoría, por tanto falta librar algunas batallas más para su reconocimiento pleno y ante todo para que transite del papel a los hechos.

Hasta cuando habrá que esperar, ojalá tal reconocimiento venga por el peso de razón y la legitimidad en forma pacífica sin necesidad de derramar una gota de sangre inocente, la inercia no es buena consejera.

Origen del pluralismo jurídico

El pluralismo de sistemas normativos tiene su origen en la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos de regulación social en un Estado. En unos casos conviven bajo la misma normativa estatal, en otras al margen de la ley estatal y en casos de excepción contra la normativa oficial, es preciso indicar que no es necesario que el Estado reconozca su vigencia para su existencia, generalmente existen en forma clandestina, marginados del marco jurídico oficial. Su fundamento es la diversidad de visión de los pueblos indígenas y no indígenas, la comunión de ideas de justicia. La diversidad es necesaria para

mantener la vida como dicen los biólogos en la cultura también la diversidad es vida ya **Charles Darwin** reivindicó la diversidad como sustento para la evolución de las especies. Cuenta enormemente la interculturalidad como expresión general de la convivencia de los pueblos en un marco de completo respeto, tolerancia y ante todo aceptar, reconocer y participar de los elementos "ajenos", en un auténtico dialogo de saberes, destacando que no puede haber conductas superiores o de mayor jerarquía. Lo anotado no significa que se manifiesta exclusivamente en el ideal ser de la pluralidad de sistemas jurídicos, sino la realidad presentan otros escenarios como: conquista de los pueblos, dependencia colonial, periodos de revolución, estados multinacionales, países con población inmigrante, poblaciones afines.

Conquista de los pueblos indígenas

La historia de los pueblos indígenas es una historia de tragedias, repartos, saqueos, usurpaciones, llantos, imposiciones, destrucciones, etnocidios y genocidios, es la historia del terror, del fuego y sangre, causados por los conquistadores entraron destruyendo todo lo que no sea compatible con sus intereses e impusieron un *"nuevo orden"*, entre otras imposiciones es el derecho de ellos, de los conquistadores, para justificar la apropiación indebida de bienes ajenos necesariamente se vale del derecho conquistador para legalizar lo ilegal, legitimar lo ilegítimo y así justificar todos los abusos, atropellos, saqueos, usurpaciones y todos los actos violatorios que ocurren al momento de la conquista como ha sucedido en los pueblos de la América India, África y más pueblos del mundo. Ahora el derecho de ellos –conquistadores- implica necesariamente el contra derecho de los pueblos indios, la dialéctica es la necesaria unión de las dos caras contrarias, por tanto la opulencia y gloria de los conquistadores es el resultado del despojo y desgracia de los pueblos conquistados.

A pesar del brutal genocidio y etnocidio arrollador cometido por los conquistadores y colonizadores a gran escala encuentra en los pueblos indígenas una fuerza expresada en la resistencia única e increíble que evitó parcialmente aniquilar su cultura, la costumbre, usos, hábitos, ideales, visiones, etc. y en especial el derecho que posibilita mantenerse como pueblos unidos, organizados, retoñando vigorosamente como la paja de los andes luego de su corte,

quema y destrucción, caminando sobre las huellas de sus mayores con la vista puesta en el horizonte del porvenir. En tal sentido estos pueblos conquistados preservan y conservan su sistema jurídico genuino, no importa como, en forma informal, clandestina, pero de que existe, existe y nadie puede dudarlo, solo el ciego que esté vendado de prejuicios y majestuosa ignorancia pondrá en duda. En consecuencia coexisten los dos sistemas jurídicos el oficial y el no oficial; el de los conquistadores y el de los conquistados; el hegemónico y el alternativo; el liberal y el indígena. La discusión no está dirigida a quién de los dos prevalece, indiscutiblemente que predomina el derecho de la fuerza, de la imposición invasora, sin embargo supervive el derecho de los pueblos indígenas que se resisten a desaparecer con sus propias normas que sirven para gobernarse y resolver los conflictos y construir su destino.

Dependencia colonial

Este momento histórico es el devenir de la categoría anterior, con la conquista se instaura un nuevo "orden" de cosas lo que necesariamente impone la dominación de los pueblos conquistados inicialmente y ahora colonizados consolida la estructura del derecho dominante, y mientras más dependiente sea el pueblo conquistado, más dominante es el sistema jurídico de los conquistadores; sin embargo, al no haber sido exterminados por completo los pueblos indígenas y su sistema jurídico, que insistimos debido a la clandestinación, se alejaron a los páramos, montes y más lugares inhóspitos. Estos colectivos humanos continúan aplicando su derecho indígena con sus instituciones y procedimientos en la mayoría de comunidades encontramos nítidamente su sistema propio y en otras con algunas matices que son fruto del sincretismo jurídico y adaptación del derecho que llegó con los invasores. En definitiva encontramos la coexistencia de dos sistemas jurídicos claramente definidos, el uno predominante y el otro en la defensiva, el derecho oficial y el derecho indígena emergente en tiempos de decadencia del derecho positivista individualista de corte liberal.

Períodos de revolución

Cuando un Estado o nación es sacudido por movimientos revolucionarios, que procuran cambios sociales a través de una transformación del statu quo de la estructura económica y la superestructura ideológica, polí-

tica y jurídica por el estado de desmoronamiento de sus instituciones, del autoritarismo, la deslegitimación de los gobernantes, el descontento social o simplemente porque el sistema concluyó su ciclo; los insurgentes que protagonizaron la revolución utiliza un nuevo sistema jurídico que legitimen tal actuación y permitan sostener la revolución ante las acciones reaccionarias que es común afrontar movimientos contrarrevolucionarios.

Es comprensible la clase social que estuvo en el poder antes de la revuelta se resiste a ceder las delicias del dominio, volviéndose con más ferocidad su contraataque. Así sucedió con los movimientos contrarrevolucionarios encabezados por las monarquías europeas, o los movimientos conservadores y dictatoriales en América Latina o las contrarrevoluciones liberales que pretendían abortar los procesos revolucionarios socialistas, puesto que las transformaciones sociales y políticas alteran toda le legislación sobre los monopolios, la tenencia de la tierra, la propiedad, las penas, los delitos, etc, etc. Sin embargo este cambio no es inmediato, es un proceso que tiene muchas dificultades, incluso en algunos momentos históricos no alcanza a consumarse la revolución en forma total degenerando en una simple reforma política que no afecta la esencia de la estructura y superestructura de un Estado, en consecuencia el derecho no es sustituido completamente sino que sufre apenas modificaciones que se sintetizan en una reforma, lo que permite así mismo la convivencia de determinadas normas anteriores a la revuelta – reforma - que fueron muy usuales y estuvieron encarnizadas antes de la transformación social y política de un Estado y el nuevo derecho que es implantado conjuntamente con la reforma.

Estados multinacionales

En países con nacionalidades indígenas como son la mayoría de países de la Amerindia, África y Asia, encontramos la convivencia de varios derechos o sistemas jurídicos. Los países conquistados y colonizados por los grandes imperios iniciaron procesos de emancipación política en el siglo XIX que poco a poco fueron afianzándose en su conformación de estados nacionales, aunque no todos hayan obtenido su independencia política sino luego de intensas luchas, a veces sangrientas que en determinados momentos llegaron a calentar la guerra fría en la segunda mitad del siglo XX, pero que las naciones en la

práctica obtuvieron una cuasi independencia política y ninguna en lo económico y social.

En este tipo de Estados preexiste el derecho originario de los pueblos indígenas por un lado y también el derecho de los Estados nacionales que vinieron a suceder el derecho de las naciones conquistadoras y con el devenir del tiempo fueron imponiendo, adaptando y acoplando hasta consolidarse en un sistema jurídico imperante que es de corte liberal porque en la práctica lo que resultó es tan solo el cambio de actores en el dominio o gobierno de los Estados. Los españoles fueron sustituidos por sus hijos nacidos en las colonias conquistadas llamados criollos y nada más, éstos últimos asumieron a imagen y semejanza el mismo derecho romano y francés, más las reformas del español y que en definitiva se sustenta en el derecho positivista. En esta categoría es importante destacar que si bien existe el derecho de los Estados nacionales como predominante, también encontramos el derecho de los pueblos indígenas que aunque hayan sido doblemente subordinados primero por los colonizadores luego por los criollos persisten en conservar su derecho histórico. Así en el Ecuador encontramos varias nacionalidades como la Quichua (Cañari, Saraguro, Otavalos ...), Shuar, Ashuar, Cofán, Huaorani, Awas, Tsatchilas, Chachis, que tienen sus sistemas jurídicos originarios con pequeñas variantes o matices normativas para su convivencia social. Esta es la razón por la que los pueblos indígenas buscan incesantemente el reconocimiento de sus pueblos no simplemente como étnicas sino como nacionalidades que por justicia se merecen el estatus de nación sin que esto signifique fragmentación del Estado.

Países con población inmigrante

Los países desarrollados o post-coloniales cuentan con una enorme población inmigrante desplazada en barrios marginales de las grandes ciudades y metrópolis. Esta población está constituida por ciudadanos provenientes de pueblos del Africa, Sudamérica, y Centroamérica fundamentalmente que emigran buscando huir de la pobreza y la indigencia en unos casos y en otros por las mismas razones económicas, que pese a no estar en una pobreza endémica intentan mejorar sus ingresos, al conocer que en los países europeos y Norteamérica son relativamente mejores los sueldos, no hay ciudadanos de origen que realicen labores físicas

sacrificadas o consideradas no dignas para los americanos o europeos, surgiendo los inmigrantes quienes llenan estos espacios vacantes, sumado a ello la ventaja de la conversión monetaria en sus pueblos de origen provoca un apetito desbordante de emigrar de cientos y miles de ciudadanos de los pueblos subdesarrollados, pese al enorme riesgo de correr la misma suerte de sus compatriotas que perdieron su vida en el camino o fueron alimento de crustáceos en alta mar y el agravante de dejar abandonados a sus hijos por largos períodos y a veces de por vida.

En definitiva las migraciones de fines de los siglos XIX y comienzos del XX tiene su origen indiscutiblemente en las abismales asimetrías sociales entre países del norte y los del sur, agravado por el total desigual redistribución de los recursos naturales, económicos, humanos, sociales de los países subdesarrollados ahora eufemísticamente denominados en vías de desarrollo que su esencia es igual; puesto que son los países del norte quienes mantienen atrasados, dependientes, encadenados a una deuda externa o más propiamente dicho eterna que incluso para mantener sometidos, de tener capacidad de pago los países deudores, con seguridad los organismos acreedores se negarían a cobrar por estrategia de dominio y sometimiento imperial e interminable. En este afán de mejorar las condiciones precarias de vida, poblaciones enteras o colectivos humanos de pueblos o nacionalidades de diferentes rincones del mundo han emigrado a las metrópolis llevando consigo su cultura, sus costumbres y su sistema jurídico de origen, vigente en sus pueblos de origen y pese a estar dentro de una nación distinta y extraña a sus raíces, utilizan estas normas como garantía de una relación social armónica entre compañeros, siempre y cuando la población emigrante sea lo suficientemente grande para mantenerse como pueblos y realizarse en su cultura, su religión, su sistema jurídico. En este caso predominan las leyes del Estado nacional, eso es indiscutible; no obstante, en la sombra del derecho y autoridades oficiales se desenvuelvan los inmigrantes con sus propias normas consuetudinarias de los países de origen.

Comercio transnacional

El efecto inmediato de la globalización es el desmoronamiento de fronteras posibles para muchas actividades humanas y en lo que corresponde al comercio internacional y transnacional ha provocado el derrumbe de las

fronteras nacionales y con ello también el derecho nacional que abre pasos a nuevos códigos y normas de carácter internacional, en consecuencia dentro de un mismo estado nacional coexisten normas internas del Estado nacional y normas de comercio internacional. Estados Unidos de Norteamérica es el adalid de la globalización, del derrumbe de fronteras y todo obstáculo que se oponga la mundialización de la economía, cultura, ideología, militar, etc., empero paradójicamente en la época navideña del 2005 símbolo del renacer de la esperanza de la hermandad, a pedido de **George W. Bush**, el congreso de la república aprueba la construcción del muro en la frontera entre la nación yanqui y el estado mexicano para dar el golpe de gracia a la migración. Como entender la parodia del imperio que ayer celebraba el derrumbe del muro de Berlín y hoy anuncia levantar otro muro similar (?) y enarbola los tratados de libre comercio y la decantada globalización.

En el comercio global encontramos algunos ejemplos así tenemos la lex mercatore con sus propias reglas coexiste con las normas del Código de Comercio, Reglamentos, Instructivos y más legislación interna por un lado y por otras normas internacionales que se aplican en el bloque de los países como el Mercado Común Europeo, el Área Andina, el MERCOSUR, el CAFTA y las que se pretenden implantar en la decantada Área de libre Comercio para las Américas ALCA, o los Tratados de Libre Comercio TLC en regiones de América Latina, así como se ultiman detalles para arribar a un Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y el MERCOSUR, con un mercado que rebasaría los 700 millones de personas. El comercio total entre las dos regiones en el año 2004 alcanzó 46.665 millones de euros. Todos estos acuerdos, asociaciones multilaterales pretenden establecer reglas *"flexibilizadoras y aperturistas"* en la medida de las conveniencias de los países suscriptores, en unos casos concertadas y de beneficio mutuo y en particular las provenientes de Norteamérica siempre tramposamente buscando el mayor beneficio en desmedro de países pequeños para sus mercados que actualmente el país del Norte cuenta un déficit comercial de 700 mil millones de dólares, record en su historia y que a la postre llevará a un colapso financiero, más cuando el crecimiento de países emergentes como China han rebasado su capacidad industrial y comercial. Estos cambios en los acuerdos internacionales tienen

que sustentarse en una legislación supranacional que regula las actividades del comercio, laboral, agrario, industrial, patentes, propiedad intelectual etc., y por otro lado el derecho interno de los estados nacionales que mantendrán sus normas hasta cuando les permita la voraz globalización.

Colectivos humanos afines

La agrupación de colectivos humanos basados en criterios culturales, gremiales, étnicos, religiosos, ideológicos, territoriales o de otra índole se insertan en esta categorización que tienen la particularidad de coexistir independientemente del lugar donde se encuentren ya sea en territorio propio o en territorio ajeno, que por las razones anotadas han creado una normativa propia que los regula en la comunidad formada con normas de tipo social, cultural y jurídico, normas que les permite resolver sus conflictos pese a que se encuentren en territorio ajeno, por tanto ser cobijados por la norma estatal del país donde se desenvuelven. Podemos mencionar el caso histórico de la diáspora de los judíos desde el siglo VI para unos y para otros en el siglo III antes de Cristo, que tuvieron que sobrevivir a las persecuciones y adversidades como los cautiverios de Egipto y Babilonia; y, la destrucción de Jerusalén por **Tito** en el año 69. Luego en tiempos medievales otra vez perseguido por el fanatismo religioso cristiano que consideraba a los hebreos como "*pueblo deicida*" -autor de la muerte de **Cristo**, más cuando al *Nazareno* se elevó a la categoría de Dios-, y posteriormente la persecución nazi que llevó a los campos de concentración a miles de judíos a holocaustos humanos y pese a no contar con territorio propio, en los lugares que se asentaban practicaban su religión, costumbres y normas jurídicas, llegando a hacer del comercio no solo su actividad de sustento económico sino de acumulación de riqueza, motivo también para conocer a los judíos como famosos negociantes, astutos del comercio. Los judíos errantes terminaron su migración cuando las Naciones Unidas devolvieron su territorio al fundar el Estado de Israel en 1948. En menor escala históricamente se conocen otras diásporas originadas por guerras civiles, hechos revolucionarios o conflictos armados como sucedió con chilenos socialistas ante la dictadura sanguinaria de **Augusto Pinochet**, las migraciones recientes de poblaciones colombianas que emigran al Ecuador motivados por los enfrentamientos inútiles de paramilitares auspiciados por el

gobierno colombiano contra idealistas revolucionario de las FARC, o las emigraciones masivas del pueblo chino que se extienden por los confines del mundo con un comercio pujante del país asiático. Todas estas emigraciones masivas motivadas por distintas razones y destinos diferentes llevan consigo al territorio de destino su sistema jurídico que facilita una buena relación social entre los integrantes de estos colectivos humanos.

El Derecho indígena dentro del pluralismo jurídico

La tesis oficial del monismo jurídico sostiene que las normas de derecho indígena deben «armonizarse» con la Constitución y la ley liberal, por tanto la obligación de adaptarse o su carga de armonizar corre a cuenta de los conceptos sustantivos del derecho indígena. Así para no vulnerar o contradecir al orden jurídico establecido, no debe hablarse de jurisdicción para pueblos indígenas sino de simples sistemas normativos o de meros usos, hábitos o a lo sumo costumbres al dictar resoluciones jurídicas por autoridades indígenas en sus pueblos, de tal manera que el elemento esencial de cualquier derecho siendo la jurisdicción quedaría borrado de un plumazo por no ser compatible con la Constitución y toda su legislación estatal, lo que implica que el Estado reconocería a la costumbre-indígena para resoluciones menores como el robo de gallina o cuentos de comisaría.

La pueril tesis oficial significa ni más ni menos que reducir todo el derecho indígena a un mero folklorismo jurídico, en idéntica forma que aceptar toda manifestación cultural expresado en las fiestas, trajes típicos, a simple folklorismo cultural.

Es necesario enfatizar que tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado y el derecho liberal. Al mismo tiempo, nos encontramos ante el desafío de cuestionar los "principios" del orden jurídico elitista y excluyente frente a la diversidad, que cada vez encuentra un gran caudal de adhesiones a la demanda de nuevas categorías y conceptos, también dicho sea de paso, demanda de toda la sociedad que busca una profunda transformación ética, ideológica y jurídica que nos permita combatir múltiples ínfulas de discrimi-

nación hacia los pueblos indígenas, en muchos casos con una sobrecarga de racismo y xenofobia. Discriminación evidente que se evidencia en las mismas expresiones que utiliza la tesis oficial al calificar al derecho indígena como *«usos", "costumbres», "hábitos", «costumbre jurídica»* y en el mejor de los casos *«derecho consuetudinario»*, lo que ratifica la subordinación palmaria del derecho indígena al sistema jurídico hegemónico.

En contraste al monismo legal surge el concepto de «pluralismo jurídico» que intenta romper con la visión hegemónica esquemática y elitista, promueve el reconocimiento de sistemas jurídicos alternativos al del orden jurídico estatal. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas estatales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición se consolida ante la crisis de la administración de justicia estatal, requerimos menos Estado y más Sociedad activa y participativa. Así, de manera mecánica, para salirse del apuro vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, "olvidando" que en el medio indígena se resuelven conflictos como una opción más de entre múltiples factores que integran a una cultura y una identidad donde el indígena acepta los veredictos de la jurisdicción indígena no por coacción sino por una imperativa necesidad histórica de mantener el equilibrio social.

Teoría constitucionalista frente al pluralismo jurídico

La constitución se supone que es ley suprema, ley de leyes en un Estado social de derecho, por tanto los defensores del Derecho Constitucionalista procuran anteponer la Constitución por encima de la ley, a fin de reducir los privilegios omnímodos de la ley. La supremacía constitucional es un principio universalmente aceptado y reconocido en sus cartas magnas por la mayor parte de naciones del mundo. Ahora si este principio es reconocido en los Estados nacionales como la ley fundamental, automáticamente se convierte en fuente del derecho y teóricamente constituiría en la primera fuente del derecho; en consecuencia conviene revisar aunque ligeramente sus orígenes históricos.

Dos son las fuentes esenciales que sirvieron como antecedentes a la

aparición del derecho constitucional; la primera con la declaración de la Independencia de las 13 colonias el 4 de Julio de 1776 y su consolidación al dictar la primera Constitución Política escrita del mundo en 1787 y luego la revolución de las guillotinas dado en Francia en 1789.

La tesis de la supremacía constitucional fue desarrollada por primera vez en 1788 por **Alexander Hamilton**, al referirse a la función de los jueces como intérpretes de la ley. **Hamilton** afirma *"una constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la constitución y la ley, por su puesto, la constitución debe prevalecer por sobre las leyes. Por consiguiente, ningún acto contrario a la constitución puede ser valido"*.

Posteriormente en 1789 aparece el terminó Constitución con un significado político en el Art. 16 de la **Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano** aprobado por la Asamblea Nacional Francesa, como consecuencia de la Revolución Francesa del 14 de julio de 1789 y dispone: *"Toda sociedad en la que no esta asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución"*.

Y para rematar la idea de la supremacía constitucional el Juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos **Jhon Marshall**, en el caso **Marbury contra Madison** en 1803 dejaba sellado definitivamente las bases de la jerarquía constitucional en el fallo que tuvo el siguiente antecedente: **William Marbury** había sido designado juez de paz del distrito de Columbia. El presidente **Jhon Adams**, un día inmediato anterior de la posesión del nuevo presidente de la Unión Americana **Thomas Jefferson**, más exactamente el 3 de marzo de 1801 había firmado tal nombramiento. Sin embrago por el apuro de expedir tal nombramiento y luego el descuido de **Jhon Marshall**, que entonces era Secretario de Estado no había sido entregado a Marbury, entonces éste último luego de 10 meses de haber sido posesionado el presidente Jefferson demandó al presidente del Tribunal Supremo que ordenara al nuevo Secretario de Estado **James Madison** la entrega del nombramiento para tomar juramento, surgiendo así el conflicto histórico y consecuentemente el enorme poder que adquiría la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Ahora para aceptar o no la demanda interpuesta por Marbury, la Corte

Suprema debía previamente resolver si una decisión del Congreso de la Unión contrario al texto constitucional podía prevalecer como ley o prevalecía la supremacía constitucional, quedando el falló así: "*Los poderes del legislativo son definidos y limitados, y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución*" y agrega "*O la Constitución es la Ley Suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias y, como otra, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley: si la última parte es exacta entones las Constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente, todos los que han sancionado Constituciones escritas, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación y, por consiguiente, la teoría de cada uno de los gobiernos debe ser que una ley de la legislatura que impugna a la constitución es nula*".

Como se desprende del texto anotado, el **juez Marshall** se planteó la disyuntiva de si una ley votada por el Congreso, contraría a la Constitución pudiese continuar siendo aplicada, o es la constitución la que prevalece, obviamente el fallo se inclinó por la supremacía constitucional en concordancia con lo que establece la Carta Política Norteamericana.

En materia penal se dice que en tiempos de los clásicos se enseñaba la justicia a los hombres (reos) y ahora en tiempos del derecho liberal positivista se enseña los hombres (reos) a la justicia. Con este criterio positivista excluyente, se puede evidenciar que los ciudadanos y por supuesto comunidades, somos objetos del derecho, no hay mayor diferencia con el resto de cosas y más aún con el desarrollo del capitalismo y sus políticas neoliberales nos constituimos en objeto/mercancía, útiles para el consumismo.

La ley penal estatal no analiza las causas por las que se produjo la infracción de la norma o cuáles fueron sus motivaciones y circunstancias que confluyeron a la configuración del hecho delictivo, sino que ataca a sus efectos, constituyéndose el derecho oficial en una legislación represora y no preventiva, por el contrario el derecho indígena es preventivo, procura evitar la enfermedad y el contagio social de sus miembros; en consecuencia tanto las normas como los

preceptos son reconocidas a nivel individual y su aceptación colectiva no es por imposición sino por adhesión es decir se crea una suerte de legitimidad social que no requiere necesariamente de la fuerza, de la coerción, de la sanción, del miedo para su observancia, sino de una conciencia plena, de un sentir, de una convicción y de obrar individual, vecinal y comunitario como imperativo categórico del bienvivir, bienactuar y bienestar comunitario.

Lo anotado no significa ni remotamente la ausencia de poder y autoridad en el derecho indígena para los casos en los que no habiendo sido necesario la convicción de sus costumbres y tradiciones por parte de los integrantes de una comunidad originaria evidentemente va ha tener que sancionarse y en ocasiones severamente con el único objetivo de enmendar, remediar, corregir y devolver al individuo al orden natural-social comunitario. En fin los resultados hablan por si solos, la justicia indígena ha sido históricamente, es y será una opción, una alternativa real y efectiva para prevenir el cometimiento de ilícitos en los pueblos indígenas y no estaría por demás romper esquemas o modelos imperantes de la sociedad occidental y donde sea viable aplicar complementariamente la diversidad jurídica a tono con una interculturalidad que requiere emergentemente ser conducida al terreno de la praxis.

CAPITULO NOVENO

Derechos colectivos

Antecedentes de los derechos colectivos

Después de la segunda gran conflagración mundial como un instrumento que ayude a frenar la carrera armamentista la mayoría de países del orbe crearon la **Organización de Naciones Unidas** y elaboraron la **Carta de las Naciones Unidas** en 1945, resultado de la necesidad de construir un derecho internacional que recogiera la protección y el reconocimiento de derechos humanos de los ciudadanos frente al Estado moderno. Después de un largo proceso de negociación en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, instrumento jurídico que carece de carácter vinculante, pero basado en una moral, legitimidad y política obligatoria para los Estados suscriptores con excepción de Estados Unidos que viola cuantas veces sean necesarias, los ejemplos sobran, la invasión a Vietnam, Afganistán, Iraq entre otras.

Entre los fundamentos sobre los que se sustenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos son: el principio de igualdad entre los seres humanos y el principio de no discriminación. Ahora la visión ideológico-político sobre el cual se sustenta los derechos humanos universales es el liberalismo, que se inspiraba en la lucha por las libertades fundamentales de las personas en los países occidentales, recordemos que antes se expidió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano a raíz de la Revolución Francesa de 1789 y del Bill of Rights insertada en la Constitución Política de Estados Unidos de 1787.

El liberalismo pregona la libertad sobre todas las cosas, sostienen sus ideólogos que la libertad frente la

esclavitud es una conquista importante y eso es indiscutible, nadie a va poner reparos; sin embargo, vivimos actualmente una libertad ficta que esconde en su esencia una esclavitud disfrazada. El estado liberal nos ha llevado a ser ciudadanos desiguales, por tanto una libertad entre desiguales conduce necesariamente a un escenario de injusticias sociales. El pensamiento liberal ubica a ésta por encima de todo otro derecho humano, defiende la libertad del individuo dentro del Estado a capa y espada, incluso llega a cuestionar al Estado cuando vulnera su máximo derecho y pregona las bondades del liberalismo al haber conseguido romper el absolutismo y con ello la libertad de pensamiento, ideas, credos, convicciones, división de poderes, estado de derecho, seguridad jurídica, el derecho de propiedad sin límites y difunde la libertad de contratación, libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo, libertad para explotar, libertad para enriquecer, libertad para dominar, no sin razón los pueblos del mundo sintetizaron en una sola frase esta forma velada de oprimir a los más débiles a nombre de la libertad exclamando: *"Oh libertad cuantos crímenes se ha cometido en tu nombre"*, en una sociedad de seres humanos con derechos a una vida digna no puede ni debe persistir ni la libertad para morirse de hambre ni la opulencia amaneada por cadenas.

Con la poderosa influencia ideológica liberal la persona es reconocida como sujeto de derecho, es decir, al individuo, aislado de su entorno social y cultural, que no corresponde a sus sociedades reales, pero que siguen la idea del Estado-nación hegemónico, centralista. Sin embargo, es en la propia Carta de las Naciones Unidades donde se reconoce el derecho de los pueblos a la autodeterminación, reconociendo con esto que el derecho de los pueblos es un derecho humano. Por lo que, en las sociedades reales los individuos no pueden abstraerse de la característica colectiva, ya que no son personas sin atributos, porque incluyen la conciencia de la propia identidad como miembros de una colectividad, es por ello que los derechos colectivos permiten el ejercicio de los derechos individuales.

En 1948 la ONU adoptó un instrumento vinculativo de derecho colectivo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, a propósito del holocausto de la política nazi en la segunda guerra mundial, definió al genocidio como *"cualquier acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un*

grupo, nacional, étnico, racial o religioso, como tal, constituyendo así un delito internacional". Así podemos extraer los elementos típicos de la figura delictiva de genocidio: la matanza de los miembros de un grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y el traslado forzado de los niños de un grupo a otro. La historia registra cuando una nación logra imponer su hegemonía sobre las otras naciones débiles violenta los derechos culturales, produciendo un genocidio cultural, conocido como etnocidio. El primer caso de aplicación del instrumento jurídico fue el genocidio de la guerra en Bosnia, a mediados de la década de los 90 del siglo pasado.

En 1966 la Asamblea General de la ONU adoptó dos nuevos instrumentos jurídico político que es el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, declaraciones que entraron en vigencia en 1976. En ambos pactos se reconoce en su primer artículo: *"Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"*. Estas declaraciones, de acuerdo con el derecho internacional, tienen carácter de ley interna para el Estado que los ratifica. El primer pacto consagra los derechos de la Declaración Universal, mientras que el segundo tiene características más amplias; sin embargo muchos Estados no han ratificado por miedo a una supuesta secesión, guerra civil entre los pueblos del Estado o simplemente porque el prejuicio racial predomina en sus concepciones liberales, argucias peregrinas nada convincentes.

Al ser estas declaraciones y pactos simples enunciados internacionales por no contar con mecanismos que obliguen a los Estados miembros a cumplir con sus compromisos, a pesar del carácter vinculante de algunos tratados, pese a ser aceptados y ratificados por algunos Estados se vio la necesidad de instrumentalizar un Comité de Derechos Humanos para velar por el cumplimiento de los derechos ciudadanos y colectivos, por una parte y la obligación estatal por otra. Se creó

el comité pero otra vez se quedó restringido su accionar al no poder recibir denuncias directas de los sujetos individuales sino únicamente *"comunicaciones"* de los Estados miembros, si son los Estados quienes violentan los derechos humanos individuales y colectivos que van a hacer un autogol presentando una denuncia en su contra. Luego de las observaciones y reclamos surgidos se creó la figura del *"Relator Especial"* que rinde informes en temas determinados que algo ayuda a salvar las declaraciones que no dejan de ser declaraciones.

Desde la discusión sobre la Declaración Universal existieron voces que reivindicaban el derecho de las minorías, declaraciones que fueron obviadas por la concepción individualista del Estado liberal; sin embargo, fue creada en 1947 una Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a Minorías para hacer recomendaciones a la Comisión de Derechos Humanos respecto a la prevención de discriminaciones y la protección de minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas. La visión individualista en que fue redactado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es tal que al hablar de la protección de los derechos de las minorías lo hace no como colectivos o comunidades culturales, sino más bien individuos de tal minoría cultural, así dispone el artículo 27 que *"... no se negará a las personas que perte-nezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde..."*.

Sin embargo pese a tales contradicciones manifiestas, en 1992 se llegó a la concreción de la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, sin carácter vinculante. La presión que jugaron algunos Estados para encontrar el consenso eludió la definición de minoría y sólo garantizó por parte de los Estados la protección de la existencia e identidad de las minorías nacionales o étnicas, culturales, religiosas y lingüísticas. Especifica los derechos de las personas en forma individual o colectiva pero no reconoce a las identidades culturales como portadoras de derechos, por lo que conserva aún el enfoque individualista de la corriente liberal que no pudo o no quiso reconocer a las colectividades sociales y culturales.

Los derechos colectivos nacen como antítesis a los tradicionales derechos individuales y marcan su diferencia con el derecho público que muy a menudo son confundidos. También se les conoce

como derechos de tercera generación o nuevos derechos. Nace revolucionariamente como una nueva categoría de derechos que no son del Estado ni del individuo, sino de colectividades, de comunidades; que pueden ser parciales o globales, a las que el derecho empieza a denominar derechos colectivos difusos, en efecto su titularidad es difusa; no es del individuo, de la persona en particular sino de colectivos humanos, por tanto genérica. Es un derecho sin sujeto o dicho de otro modo es un derecho donde todos son sujetos; en consecuencia todos tienen potestades y disponibilidades de él, pero al mismo tiempo nadie puede disponer del derecho cuando contraríe al resto, porque estaría en una violación al derecho de los demás.

Diferencia con los derechos de primera y segunda generación

Los derechos de primera generación son por antonomasia el derecho a la propiedad privada y por añadidura los civiles y políticos, nacidos en la época clásica -Grecia y Roma- consideran al individuo en abstracto, están sustraídos de la vida social sometidos a las fuerzas sociales y se limita a proteger a los individuos respecto del poder estatal en forma parcial o relativa.

Por su parte los derechos de segunda generación nacen en el pensamiento jurídico del siglo XIX y XX como consecuencia del desarrollo científico, tecnológico e industrial de Europa y Estados Unidos de América que promueve la protección de los derechos sociales en circunstancias en que la revolución industrial y las nuevas relaciones sociales de producción provocan cambios vertiginosos que en el campo ideológico y político se consolida el capitalismo con la burguesía a la cabeza.

También los derechos sociales tienen como antecedente inmediato la transformación de la estructura agraria lenta y precaria por una pujante producción industrial, la conversión de la máquina en la principal fuente de riqueza de la sociedad; conjugando los dos elementos en una sola que históricamente se ha denominado como el modo de producción capitalista, basado en una explotación social del hombre por el hombre, lo que llegó a exacerbar los ánimos de la clase proletaria alimentada por un pensamiento revolucionario -marxismo- que a la postre ideó nuevos derechos de la clase explotada reflejados en la revolución rusa en 1917 y su nueva Constitución Política, la Revolución Agraria Mexicana y su

Carta Política del mismo año y otros procesos revolucionarios en mayor y menor grado en todo el mundo que dieron lugar al nacimiento de otros derechos sociales como el derecho al trabajo, la libertad de trabajo, justa remuneración, derecho a la huelga, a la libre asociación al sindicalismo, al descanso y más derechos considerados de segunda generación.

Finalmente se consumó los derechos sociales en la Declaración de los Derechos Humanos, sintetizados en al carta de las Naciones Unidas expedida el 10 de diciembre de 1948 luego de la segunda gran confrontación mundial que también contempla los derechos económicos, sociales, culturales, al trabajo, seguridad social, salud, educación entre otros.

Los derechos colectivos innovan una categoría superior al individuo y al Estado, si bien conceden al individuo realizar determinadas atribuciones siempre y cuando no perjudique o vulnere el derecho de sus congéneres.

Una característica muy singular de los derechos colectivos o difusos es reunir la doble naturaleza: individual y colectiva que da legitimidad al ser humano, la lesión de un derecho colectivo – pueblo indígena, medio ambiente, consumidor, patrimonio histórico, etc.- sin duda vulnera tanto individuo como colectividad, por tanto da legitimidad esa doble condición, no basta solo la lesión de uno de los dos elementos.

La situación de los derechos o interés difuso va más allá su protección es a toda colectividad y la acción debe ser aceptada así venga suscrita por personas "incapaces legales" -niños y adolescentes- hecho que rompe con la tradición del derecho antiguo y moderno donde requiere los incapaces de representación, y lo que es más la autoridad que conozca de una vulneración al interés difuso debería actuar de oficio por precautelar un derecho fundamental y considerando que la ley positiva entra en al lógica del más fuerte y del mercado descuidando los derechos y garantías de los más débiles que son los niños por excelencia, seguidos de los pueblos indígenas, el medio ambiente, los valores históricos, los consumidores desprotegidos del imperio de la ley que regula la igualdad pero entre desiguales (¿?).

Como determinar el interés difuso

La Sala Constitucional de San José de Costa Rica en su resolución nro. 2331-96 en concordancia con el fallo nro. 2233 de la misma sala sobre un asunto de esta naturaleza

identifica el interés difuso expresando: "*Se trata de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos o amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o perjuicio, actual o potencial, más o menos igual, para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez de cada una de ellas*"

Del fallo encontramos tres elementos que configuran el interés difuso:

1.- La titularidad debe estar fundido con el interés de la comunidad, no importan si es local o regional incluso nacional.

2.- El interés identificable que cause beneficio o perjuicio más o menos igual a los comuneros o ciudadanos.

3.- El perjuicio o beneficio a la comunidad sea real o potencial.

Hasta la década del noventa del siglo pasado solo fue considerado como interés difuso el derecho al ambiente, la defensa del patrimonio histórico y en algunas legislaciones en materia electoral, sin embargo en la actualidad se amplió a colectividades incluso no organizadas formalmente, siempre que se encuentren unidas a partir de una determinación histórica, de una necesidad social, una característica física, su origen étnico, orientación ideológica, el consumo de ciertos productos, etc. El interés en estos casos se encuentran diseminados, diluidos entre una pluralidad no identificada de sujetos que comprende muchas diversas y nuevas categorías de protección individual y social – colectiva que con el tiempo alcanzará mayor protección y fiscalización ciudadana que en la actualidad la jurisprudencia y la doctrina todavía no contemplan ni desarrollan pero que debe imperiosamente reconocer como un "cuarto poder" fiscalizador a la labor política y sociojurídica del Estado poniendo límites a los límites del poder estatal, privado o cualquier poder que surja ante determinadas acciones u omisiones, que algunos casos podrían parecer entendibles como la falta de presupuesto para controlar o mejorar la protección ambiental, no justifica la violación al derecho colectivo que inexorablemente debe ser corregido e inmediatamente.

Otro elemento de importancia mayúscula es la protección de los derechos fundamentales es actuando no sobre los hechos consumados sino preventivamente ante potenciales vulneraciones al bien jurídico protegido y como se anotó en líneas anteriores actuando

de oficio la autoridad de justicia.
Además los derechos colectivos hoy reconocidos como la salud, vivienda, educación, medio ambiente, derechos humanos, entre otros deben ser reconocidos y aplicados en su integridad, entendiéndose en los términos más amplios, sin excusas ni restricciones, peor formalismos, tendientes a perfeccionar la protección de los más desprotegidos.
El concepto de derechos colectivos implica la legitimación cada vez más activa y efectiva, como una revolucionaria categoría donde la doble naturaleza de individual y colectiva se complementan en defensa y amparo de los abusos del poder estatal o privado.
En el mismos sentido **Carlos Federico Marés** indica *"es evidente la ausencia de titulares de derecho, porque no se puede encontrar quién lo adquiere e integra en su patrimonio o en su relación contractual lo adquiere. Es cierto que no interesa indagar sobre el momento de la adquisición del derecho confuso, porque todos ellos son el fruto de la ley. No hay interés difuso protegido, a no ser cuando la ley así lo caracteriza. Por lo tanto, los derechos difusos son función abstracta de la ley que se concreta independientemente de la conciencia o voluntad del sujeto"* y concluye con estos dos ejemplos: no se requiere ser fumador para tener derecho a que los vendedores informen correctamente sobre su producto, como tampoco se requiere ser ecologista para tener derecho a tener un ambiente sano libre de contaminación.

A los ejemplos citados podemos agregar los siguientes:
No es necesario ser campesino precarista para tener derecho a que todas las tierras cumplan la función social y ecológica para ejercer su dominio.
Tampoco se requiere ser desempleado para tener derecho a una labor digna, o indigente para tener derecho a al asistencia social.
Es un derecho colectivo la instrucción básica y por qué no la educación superior, y para ello no es necesario ser analfabeto funcional o absoluto para reivindicar tal derecho.
Tenemos derecho a una comida sana, agua limpia, aire puro y al silencio, a ser bien informados sobre los productos que nos venden y no ser engañados con una publicidad falaz acerca de la cantidad y calidad de los bienes y servicios que se ofrecen al público.
No es indispensable ser indígena para tener derecho al reconocimiento y respeto de los valores culturales, antropológicos, lingüísticos, sociales, económicos,

políticos, espirituales que tienen los pueblos originarios como identidad. Cualquier atentado contra la identidad de la colectividad o etnocidio es tan condenable como el genocidio porque el uno y el otro tienden a eliminar el grupo, éste por la eliminación física y aquel por la degradación o exterminio de los componentes históricos, culturales y sociales de los pueblos indígenas que les permitan ser y sentirse diferentes. En los ejemplos citados es claro evidenciar que todos somos titulares del derecho; sin embargo, este no integra nuestro patrimonio individual como para poder libremente disponer, transferir, gravar, pero si puedo demandar, apelar su tutela, amparo, y evitar su usurpación o al menos su protección, ello ratifica la categoría de derecho difuso.

En definitiva los derechos colectivos también denominados de tercera generación rompen con la concepción del derecho tradicional de corte clásico liberal individualista; supera los derechos sociales, que se quedaron con una protección al individuo social y está bien tal protección con respecto al Estado y a la clase que domina, es más para su tiempo fue una auténtica revolución y lo destacamos con mayúscula, más la dialéctica a través de su esencia que radica en la confrontación, permite avanzar; encontrándonos ahora frente a los derechos colectivos que tutela colectivos sociales, comunidades a veces concretas y en la mayoría difusas pero que en la práctica son cada vez más necesarios y urgentes su amparo por la destrucción de la capa de ozono, el efecto invernadero, la deforestación, la escasez de agua, el etnocidio, la manipulación genética, la propiedad intelectual, la bioética, etc. etc. Algunos juristas también lo incluyen en la categoría de derechos colectivos el derecho a la paz, a la planificación familiar, a la injerencia humanitaria.

La Carta Política del Ecuador, en el Capítulo 5 de los **"Derechos Colectivos"** en la sección primera titulada *"de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos"* establece los siguientes derechos:

1. - Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.

2. - Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.

3. - Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.

4. - Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

5. - Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

6. - Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

7. - Conservar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicios de la autoridad.

8. - A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

9. - A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo.

10. - Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.

11. - Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

12. - A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

13. - Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

14. - Participar, mediante representantes, a los organismos oficiales que determine la ley.

15. - Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Derecho al medio ambiente

Fue en Estocolmo en el año 1972 donde por primera vez la comunidad internacional toma conciencia que el hombre merece vivir en un medio ambiente sano, agradable y libre de toda contami-

nación, en consecuencia su entorno natural debe conservarlo y preservarlo para poder respirar aire puro, beber agua limpia, cultivar tierras fértiles, consumir alimentos sanos, observar la belleza escénica del paisaje y el medio natural que nos rodea.

Es evidente como poco a poco empieza a despertar la conciencia ambiental, apoyada en la ciencia ecológica. El término Ecológica esta compuesto de dos palabras griegas *"oikos"* que significa casa, hábitat y *"logos"* ciencia, estudio. Fue el biólogo alemán **Ernest H. Hcckel**, quien utilizó por primera vez el término ecología en 1873 y definió como *"el conjunto de conocimientos referentes a la economía de la naturaleza. La investigación de todas las relaciones del animal frente a su medio inorgánico como orgánico, incluyendo sobre toda su relación amistosa u hostil con aquellos animales y plantas con lo que se relacionan directa o indirectamente"*. Luego **Eugene Odan** definió como el estudio de la estructura y el funcionamiento de la naturaleza. Posteriormente hay varios estudios sobre la ciencia ecológica que despierta ya no solo interés de ambientalistas sino del mundo entero, con excepción de Estados Unidos y otras potencias industrializados, presionada por corporaciones transnacionales que desvelan la arrogancia y la sed insaciable de amasar fortuna lo que les impide ver el holocausto mundial que se nos avecina si no se toma correctivos urgentes para salvar la vida en el planeta.

Los informes internacionales dan cuenta que Estados Unidos, la Unión Europea y Japón son los tres bloques que más contaminan el mundo con dióxido de carbono, lo que acelera el calentamiento del planeta y con ello los cambios climáticos, deshielos en los polos, inundaciones, hasta impredecibles catástrofes en todo el planeta. Además Estados Unidos, Francia y Japón tienen la mayor cantidad de centrales atómicas lo que mantiene igualmente en peligro inminente por las catástrofes anteriores en Chernobyl y otras que han dejado consecuencias irreparables a la humanidad.

La guerra por el agua es irreversible

Irreversiblemente la causa principal para una gran conflagración mundial será la escasez del agua y su afán de poder por parte de las grandes corporaciones transnacionales privadas que presionan a los Estados nacionales a sacar al mercado el oro azul, patrimonio de la humanidad y de los pueblos en particular para subastarlo, en idéntica forma

como hicieron con el oro amarillo, oro negro y otros recurso de los pueblos indios.

No hay pueblo en los Andes que haya sido indiferente en la participación activa en un proyecto de agua y todos alcanzaron el indispensable servicio con sudor y lágrimas, incluso algunos proyectos de agua al laborar en infinitas mingas perdieron la vida de sus comuneros, sin embargo el sacrifico valió la pena; ello explica su denodado interés colectivo en la defensa de sus derechos hasta con sus vidas, así la caminata de 140 Km. de altivos uruguayos contra las privatizaciones en marzo de 2005, que a la postre sirvió para que la compañía Aguas de la Costa –subsidiaria del grupo Agbar- luego de haber incrementado en 700% con respecto al resto del país, haya tenido que salir de Uruguay o la indomable fuerza de los bolivianos de Cochabamba-Bolivia, con Evo Morales a la cabeza contra la compañía Bechtel y Suez de Francia que pretendió mercantilizar el agua a precio de oro, siendo una constante esta lucha en los pueblos de América Latina y el Ecuador no es una excepción, el **BID, FMI y BM** por ahora han escondido momentáneamente sus enfiladas garras que en agosto de 2004 los pueblos originarios del sur -Azuay y Cañar- pusieron en apuros a los privatizadores que no podían ocultar en su mirada fija y desorbitada llena de ambición, codicia, engaño como en tiempos de la conquista; lástima que la colonización aún no termina, ahora con la complicidad o fidelidad canina de los gobiernos nacionales que sucumben ante las metrópolis imperialistas.

La lucha por el agua no termina, recién se inicia y más feroz que el ataque en la usurpación del oro amarillo y negro será, no es para menos, la vida sin agua no es vida y quien gana se lleva la vida, más cuando este recurso hoy es limitado, y su escasez empieza acelerarse por un lado invaden las compañías extranjeras en América Latina, tenemos Aguas de Barcelona en Chile, Uruguay, Colombia, Argentina, Brasil, México y Aguas de Bilbao en Uruguay y Argentina. La Comisión Mundial del Agua estima que el uso del recurso aumentará 50% en los próximos 30 años y en la actualidad el 40% de la población mundial no tiene agua, cada 10 segundos muere un niño en el mundo por tomar agua contaminada, en Kunming (China) los residentes se aseguran los grifos con cajas metálicas y candados para evitar el robo de agua, cada persona promedio dispone de apenas 1000 m3 de agua al año, es decir 3 litros por día; En

Bombay (India) ciertas zonas solo reciben agua en horas alternas; los campesinos húngaros prefieren criar pollos y cerdos. Las vacas necesitan demasiada agua y terreno; en Varsovia (Polonia) mucha gente espera el horario con tarifas menos caras (entre 22h20 y 06h20) para ducharse y lavar; del total de agua en el planeta solo el 0,01% es agua dulce.

La civilización mucho tiene que responder, el imperio a la cabeza que se resiste a firmar el tratado de Kyoto-Japón que intentaba frenar la veloz y voraz contaminación ambiental incontrolada e incontrolable; de aquella responsabilidad no nos salvamos, nuestra increíble indiferencia nos vuelve corresponsables, recordemos que los *"pecados"* son por acción y omisión, lo peor que podemos hacer es no hacer nada y no luchar contra la perversa y cínica agresividad de las transnacionales que aniquilan el planeta con la contaminación y la deforestación y hoy pretender usurpar el recurso que es patrimonio de la humanidad, la guerra esta anunciada y declarada por las compañías trasnacionales, de nosotros depende el triunfo de la barbarie privatizadora o el triunfo de la solidaridad comunitaria.

Tratado de Kyoto

Frente a este desolador panorama mundial 159 países del mundo se reunieron en Kyoto para elaborar un tratado de reducción de CO2 entre otros problemas que afronta el planeta y entre otros compromisos asumidos por Estado unidos, Unión Europea y Japón fue reducir en este orden 7, 8, y 6% de dióxido de carbono para contrarrestar el aceleramiento del efecto invernadero, como respuesta a la producción incontrolada irresponsablemente de CO2 de Estados Unidos en un 36%, Rusia 17.4% Japón 8.5% Alemania 7.4%, Inglaterra 4.3%, Canadá 3,3 %, Italia 3.1%, Polonia 3%, Francia 2.7%, Australia 2.1% y España 1.9% y otros paises que continúan en menor grado. Sin embargo el presidente americano **George Bush** no ratificó el tratado, presionado fundamentalmente por compañías petroleras y de carbón del cual tiene intereses personales por ser socio de algunas compañías petroleras, arguyendo que los costos superan los beneficios y las empresas quebrarían y llevarían al desempleo a miles de obreros.

Derecho a la propiedad intelectual e identidad

Cada Estado ha elaborado leyes de propiedad intelectual en función

de grandes intereses comerciales, industriales, capitalizando sus inversiones nacionales e internacionales dejando a segundo plano los derechos ciudadanos y colectivos que deberían ser beneficiados de los conocimientos y los recursos de su país, no pocas veces se ha enunciado que la ciencia debe estar al servicio de la humanidad y no de una élite poderosa carente de sentido común y sensibilidad social. No contentos con estas legislaciones estatales y con la proterva intención de meter en un mismo saco a las leyes nacionales y ser cobijados por las leyes trasnacionales manifiestas en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio –GATT- que entró en vigencia el 10 de enero de 1995, todos los países miembros deberán hacer que sus leyes nacionales de propiedad intelectual guarden plena compatibilidad con las disposiciones del nuevo acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio –TRIP-. Este *"acuerdo"* obliga a los gobiernos miembros a proporcionar *«la protección"* de las variedades de plantas ya sea mediante patentes o mediante un sistema propio o una combinación de los dos. Simultáneamente, a los gobiernos se les da la opción de excluir de la patentabilidad a *«plantas y animales diferentes de los microorganismos»* y a los *«procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales diferentes de los procesos no biológicos o microbiológicos»*.

La patentación hace posible que la compañía monopolice el mercado de las nuevas variedades de plantas que derivan de la planta original durante el término de la patente. Para las compañías farmacéuticas, alimentarias, semilleras y más firmas biotecnológicas que están detrás de ellas, la potestad que tiene de patentar la diversidad biológica del mundo significa la promesa de nuevas e ingentes fuentes de ingresos económicos. La revista IPR lnformation About Intelectual Property Rights, No. 6, informa que la compañía Monsanto, por ejemplo, espera ganar 150 millones de dólares adicionales al año si logra patentar y llevar al mercado a uno de sus nuevos productos: una variedad de soya que está diseñada para soportar las aplicaciones intensivas del herbicida Roundup que Monsanto mismo vende en el mundo entero.

Impactos de la manipulación genética

Impactos en la biodiversidad

La revista citada IPR anota que al desarrollar nuevos productos, los

científicos toman muestras de plantas de campo al laboratorio, donde el simple acto de cambiar un solo gen de un lugar a otro dentro de una célula - independiente de sí causa variación o no en la próxima generación- crea una *«variedad de planta»* considerada suficientemente *«nueva»* como para calificar de invención patentable. En la mayoría de los casos, tales experimentos de ingeniería genética no producen nada que valga la pena. En unos cuantos casos las variaciones tienen características deseables que se pueden reproducir y comercializar.

El interés de encontrar y aislar plantas con características más comerciales conlleva -a la extinción de otras variedades de plantas- ya que solo se cultivan aquellas que se requieren para crear las nuevas tecnovariedades. Tan solo en Estados Unidos, el enfoque sobre las variedades comerciales ya ha llevado a la extinción de muchas variedades de plantas en bancos de almacenamiento de semillas. Un muestreo de bancos de semillas en Estados Unidos mostró que algunas variedades de plantas no comerciales tales como las chufas, la martinya y el rampónchigo ya se han perdido por completo.

Otro impacto profundamente negativo a la biodiversidad es la privatización de los recursos genéticos que se han diseñado y patentado acelera la tendencia hacia la práctica del monocultivo. Sólo un mero puñado de variedades de maíz híbrido patentado cubren ahora millones de acres en el cinturón del maíz en medio occidente de Estados Unidos y México donde las praderas albergaron alguna vez a miles de variedades de pastos sustentando a pájaros y mariposas, abejas y otras formas de vida, así también se reducirá la biodiversidad en otras tierras cuando se impongan los cultivos patentados, sencillamente por ser semillas postizas, extrañas al medio que para su adaptación tuvo que transcurrir cientos y miles de años.

Impactos en la política social

Las reglas transnacionales del GATT-TRIP prohíben a los países miembros que discriminen al otorgar patentes, *«en cuanto al lugar de la intervención»* y el *«campo de la tecnología»*. Estos criterios impuestos restringirán a los países en el empleo del derecho a la propiedad intelectual como herramientas para el desarrollo. El acuerdo TRIP prevé un período de 5 años de gracia para los países en transición de economías de planeación central a economías de mercado y un período de 10 años

de gracia para los países menos desarrollados, lo cual podría no ser suficiente para ajustar sus necesidades de desarrollo.

También se limita completamente el desarrollo económico y social de los pueblos con las imposiciones establecidas en el GATT-TRIP, debida la potestad que tienen las compañías de biotecnología en adueñarse del mercado mundial con la exportación de los productos que forman la espina dorsal de muchas economías nacionales, elaborando y patentando sintéticos diseñados genéticamente para el azúcar, el cacao y los aceites vegetales ya están dominando grandes segmentos de los mercados globales de estos productos, de los cuales dependen muchas naciones africanas y latinoamericanas empobrecidas como denuncia el documento de IATP, Instituto para la agricultura y tratados políticos.

Proyecto vampiro HGD

El Proyecto de Diversidad Genómica HGD, conocido en algunos países como *"Proyecto Vampiro"* es un consorcio internacional conformado por científicos, universidades, gobiernos, corporaciones y más entes interesados de Norteamérica, Europa y Japón, creado para usurpar elementos de seres humanos como muestras de sangre, saliva, raíces de pelo y otras partes del cuerpo humano de cientos de comunidades indígenas denominadas 'de subsistencia crítica' de todo el mundo. Las muestras tomadas por Proyecto HGD pueden ser «inmortalizadas» para futuros estudios utilizando una técnica de conservación celular que mantiene ciertas células de un organismo vivo con capacidad de multiplicación a partir de la información del ADN. Las células inmortalizadas ubicadas en vados bancos genéticos, concentrados mayormente en Estados Unidos de Norteamérica. El proyecto persigue completar muestras de 50 personas de cada uno de 722 pueblos indígenas identificados.

El Proyecto HGD fue formalmente adoptado por el Human Genome Organization en enero de 1994. HUGO es una multinacional, multi-billonaria para que los científicos definan la secuencia de ADN en la estructura genética humana y de los pueblos indígenas en particular se supone a corto y mediano plazo manipular todo su comportamiento y fabricar seres humanos ajustados a un molde y medida que el imperio requiera satisfacer sus apetitos por demás perversos, con lo que se concluye que nos encontramos en la cuenta

regresiva a siglos tenebrosos peor que en el pasado donde nuestros mayores indígenas soportaron los experimentos, considerados como conejillo de indias, hoy con el agravante de ser esclavos de una tecnología más sofisticada, desvirtuando por completo el derecho humano colectivo deontológico considerado a la ciencia como herramienta al servicio de la humanidad y no la humanidad enjaulada por "fraternos" lobos.

La posibilidad de negarse o acceder a una extracción de muestras de sangre, saliva o pelo es posible si existe información sobre como se usará, pero el proyecto no contempla más que la conservación para futuros e impredecibles usos, menos aún sabe el agente que solo es contratado para la extracción. Súmese a esto lo fácil que es la extracción de muestras en los centros de atención primaria de salud. Pero esto se complica aún más si pensamos en quién está autorizado para dar el consentimiento. Estas extracciones se dieron masivamente en muchos pueblos de la amazonía ecuatoriana, previo el pago exiguo a comuneros de los pueblos indígenas, sin consentimiento del gobierno ecuatoriano y peor sus autoridades locales indígenas que necesariamente deberían participar por ser un derecho humano colectivo y no una derecho individual que podría disponer libremente, más con la legislación permisiva del Ecuador y lo que es más en contra de cualquier principio constitucional y de los derechos colectivos continuando la constante –violación de derechos elementales- por neocolinizadores que arrebataron genes de comuneros indígenas.

Creación y evolución

El Proyecto HGD prevé que con el estudio de las muestras reconstruirá la historia de la población mundial, facilitará encontrar preguntas acerca de la historia de la evolución humana y patrones de migración e identificará los orígenes de la población existente.

Pero que ocurre con los pueblos y las culturas indígenas que poseemos nuestro propio conocimiento y explicación acerca de la creación y su historia, en una palabra una diferente visión filosófica cosmogónica que cultural y ambientalmente difieren por completo de la visión occidental, como las teorías de migración, evolución, creación etc. En consecuencia el Proyecto HGD es insultante no sólo por que los pueblos indígenas tienen sus propias visiones acerca de su origen, sino porque también

muchas migraciones y desaparición de grupos indígenas fueron porque su tierra y sus derechos fueron violentados por ascendientes del llamado Proyecto Vampiro.

Medicina y ciencia militar

El proyecto HGD ofrece información de interés médico, acerca de posibles aplicaciones a enfermedades crónicas e incurables que podría evitarse así como la provisión de nuevos medicamentos o tratamientos fácilmente diagnosticaban a problemas médicos. Las bondades de los avances médicos es una exageración del proyecto HGD diseñada para seducir la participación de las poblaciones inventariadas basadas en supuestos milagros médicos. El Proyecto HGD no tiene que ver con las aplicaciones de los datos colectados. El mandato del proyecto es simplemente recoger las muestras, crear una base de datos y mantener las muestras genéticas y sus datos.

La preocupación de los pueblos indígenas es por demás justificada al momento que surja información genética que puede ser usado perversamente en contra de poblaciones genéticamente distintivas al puro estilo nazi, se destaparía una tormenta xenofóbica incontrolable. El Proyecto HGD puede potenciar el abuso de la información genética con propósitos racistas y aumentar las posibilidades de genocidio por medios biológicos y consecuentemente etnocidio cultural. Exterminación biológica que ha sido usada en pueblos indígenas en el pasado y recuerdan el peligro potencial de cada proyecto científico, tal como denuncia la revista IPR Information About Intelectual Property Rights.

Cosmovisiones contrapuestas

La visión del mundo occidental, es diametralmente opuesta al significado que tiene una planta para la cosmovisión indígena. Para los pueblos indígenas la planta tiene su propio espíritu y esto es determinante en el momento de utilizarla, es el problema de la hoja de coca versus cocaína, pese a que poco a poco empieza a ceder si pensamos en el espíritu que posee un animal o las personas, es inimaginable a qué nos enfrentaremos frente a un clon humano, o como definimos la **oveja Dolly** que constituyó el primer clon creado a partir de una célula en Inglaterra.

Quizás lo más nocivo para nuestras culturas indígenas es la concepción occidentalista que subyace en estos proyectos de rastreo genético, reduciendo

culturas enteras a simples hechos biológicos, echando por tierra los siglos de construcción cultura, esto constituye un virtual racismo que arrastra graves errores y terribles horrores, así como desestima la resistencia a muchas enfermedades, por ejemplo, obedecen a la forma como se organiza una cultura en función de la alimentación, el aire, los tipos de ejercicio, los ritos, los ejercicios, el medio que los rodea, etc.-, asimilando a todos los pueblos indígenas a una cultura hegemónica que *"garantizan"* la supervivencia de un pueblo indígena con la simple conservación de una cierta estructura genética, criterios ex profesos o premeditados en considerarnos ignorantes, presas fáciles de confusión o simples idiotas. En realidad lo que pretenden los dueños del mundo es convertir a los pueblos diversos por naturaleza en una población mundial robótica, acríticos, con un pensamiento y cosmovisión única, negándose ellos mismos con la teoría de **Charles Darwin** que concluye con el enorme mérito a la combinación de diversos elementos para la evolución de las especies. Arguyen los proponentes del Proyecto HGD eliminar los elementos negativos de los seres humanos, los caracteres raros, diferentes que llevan a discapacidades mentales y físicas, puesto que la ingeniería genética es precisamente manipulación, ésta para introducir nuevos elementos y suprimir los que subjetivamente se considere elementos no deseables del cuerpo humano a decir del profesor chileno **Francisco Rothhammer** la ingeniería genética podría definirse como *"la manipulación directa de/ material hereditario, destinada a introducir determinantes nuevos deseables y suprimir a los indeseables. Es la concretización de/ sueño de* ***Platón*** *y de los utopistas* ***Tomás Moro y Aldous Huxley»***. Sin embargo surge la gran pregunta ¿quién define cuales son las características negativas?, prácticamente es transitar a contravía de la sabia naturaleza que le tomó miles de años para su elaboración y perfeccionamiento del equilibrio y armonía natural de los seres vivos y si actuamos contra natura las consecuencias serán impredecibles.

Además los derechos intelectuales colectivos que podrían adoptar las comunidades indígenas sobre un proceso y/o elemento también plantean otros dilemas: si una comunidad es definida como la propietaria intelectual entra en la dinámica de usufructuar dinero de algo que siempre estuvo ahí al alcance de todos, ingresando al

esquema capitalista donde todo se transforma en mercancía, por tanto podría comercializarse en la dinámica de la oferta y demanda los derechos colectivos lo que vendría a desvirtuarse por completo la razón de ser de los derechos colectivos y a corto tiempo las multinacionales químicas y farmacéuticas finalmente serán las propietarias de la riqueza genética de la humanidad, algo así como las compañías petroleras se apropiaron de facto y en otras con aparente legalidad del oro negro, mineral no renovable que de acuerdo al derecho estatal pertenece al país donde alumbra el recurso *"sin discusión alguna"* de acuerdo al derecho positivo de los Estados nacionales. Empero, el petróleo surgió a partir de una multitud de cadáveres de animales que extinguieron hace millones de años y fruto de tal descomposición orgánica se transformó en el preciado recurso apetecido por muchos y generadora de conflictos bélicos, injustificados e injustificables en la que predomina la lógica del más fuerte, razón no le faltó a **Jean Paul Sastre** al sentenciar *"cuando los ricos guerrean, mueren los pobres"*. En todo caso si la Madre Gea nos ofreció este recurso como tantas otras bondades nos ofrece ¿será justo que se hayan apropiado un grupúsculo de corporaciones multinacionales petroleras avalizadas por los Estados donde afloró el recurso? consideró que la respuesta es un categórico no, el petróleo es patrimonio de toda la humanidad, surgió de la naturaleza, cuando ésta no tuvo dueños ni fronteras postizas, por tanto la razón no pide fuerza ni la justicia explicaciones, el hidrocarburo debe ser patrimonio de 6 mil millones de terrícolas y de los hijos de sus hijos; jamás, de una elite que no supera el 0.00000000006 % de la población mundial, en consecuencia esta aparente verdad se desploma como la ley gravitacional.

Retomando el tema del Proyecto HGD, conviene preguntar ¿Quién es el propietario de la vida en sus diversas formas? Aunque reconocemos que no faltarán intereses materiales y en algunas comuneros contagiados de la codicia occidental. Sin embargo, la cosmovisión es un colectivo y por tanto tiene más legitimidad para reivindicar los pueblos indígenas que cuentan en su haber una especie de reserva moral, cultural y espiritual de la humanidad, así lo que algunos consideran mío, nosotros lo consideramos patrimonio de la humanidad, en consecuencia los pueblos indígenas jamás admitirán la inscripción de la uña de gato, la sangre de drago,

la manzanilla o toronjil como patente de una empresa comercial, porque es un aporte de los pueblos indígenas a la salud mundial, que es muy diferente a inscribirlo como propio y aunque entendemos que muchos tienen necesidades, recordemos que la ambición rompe el saco, por ello es necesario hacer conciencia mundial de implantar la solidaridad comunitaria activa y rebelde como instrumento de resistencia a la apropiación fáctica y usurpación velada protegida por un derecho hegemónico desigual del más fuerte imperante en el esquema del cinismo global.

El concepto de propiedad intelectual individual no existe en la visión cosmogónica filosófica de los pueblos indígenas, las construcciones culturales de nuestros ancestros son todas colectivas y anónimas, responden a una concepción comunitaria de creación, ya que es imposible crear de la nada y cada avance se hace sobre el conocimiento acumulado por generaciones anteriores de miles de años que determinan el presente efímero y configura un futuro dependiente de lo que hagamos o dejemos de hacer. Más aún, el proceso creativo está ligado muchas veces a inspiraciones y bondades de la Madre Gea en comunión con la capacidad espiritual de nuestros sabios mayores al elaborar los calendarios lunares, solares, los procesos curativos de la medicina natural, las creaciones materiales como el Machupicchu, Huaynapicchu incaico, Tenochtitlan azteca o tenochta, Itzamatnul maya los diseños de las obras hidráulicas para irrigación de miles de has. en altiplano con agua del lago Titicaca, etc, etc. La idea de usufructo personal de estos conocimientos y creaciones es por completo extraña a la visión indígena. Toda creación indígena es un servicio a la comunidad y se ofrece como un aporte a la humanidad, para cientos de miles de familias que a consecuencia de la opulencia de unos pocos sufren la desgracia de no contar en sus bolsillos con circulante monetario para acceder a medicamentos y hospitalización, debiendo utilizar en forma cotidiana los conocimientos de medicina natural de hierbas, frutos y alimentos.

En fin, es urgente la unidad mundial de los pueblos, cuya misión específica sea la defensa del derecho colectivo y de la humanidad a la biodiversidad en el planeta y proteja el patrimonio indígena preservando y conservando los preceptos y valores, empezando por la elaboración jurídica, aplicable a todos los

pueblos y Estados el respeto a los conocimientos y elementos culturales como patrimonio de la humanidad.

Injerencia humanitaria

Este concepto alumbra a raíz que el ministro socialista francés **Bernard Kouschner** a finales de la década de los 60 del siglo XX envió servicios asistenciales a los habitantes de Biafra. Luego de este acontecimiento surge hoy algunos antecedentes de injerencia humanitaria que constan en instrumentos internacionales, así tenemos la resolución de las Naciones Unidas el 8 de diciembre de 1988 en circunstancias que Armenia estuvo sacudida por el devastador terremoto del mismo año. La injerencia humanitaria se institucionaliza en 1991 con la resolución 688 del Consejo de Seguridad de la ONU que envió una fuerza militar internacional a Iraq para proteger a dos millones y medio de kurdos amenazados por el gobierno dictatorial de Saddam Hussein. En otros momentos históricos ha sido el gobierno cubano de **Fidel Castro** que sin solicitud expresa sino implícita de varios gobernantes de América Latina ha enviado ayuda humanitaria –equipo médico incluido medicinas- a países devastados por las inclemencias del tiempo como en el caso del Ecuador en 1986 por el fenómeno del niño, pese a que el país damnificado estuvo representado por el ultraderechista **Febres Cordero**, enemigo declarado de la ideología comunista. Situación parecida sucedió en septiembre de 2005 cuando el presidente venezolano **Hugo Chávez** envió alimentos y petróleo a los damnificados por la tormenta Katrina a Estado Unidos a pesar que el señor Bush tiene una política imperialista antichavista, así podemos encontrar una variedad de casos que ha hecho posible la ayuda humanitaria, por tanto considerado como un derecho colectivo.

Derecho a la paz

El derecho colectivo a la paz surgió a raíz de la segunda gran conflagración mundial, afianzada posteriormente con la guerra fría que no pocas veces se caldeó y estuvo a punto de imprimir el gatillo fundamentalmente por Washington y Moscú. La paz es un derecho fundamental de la comunidad a nivel externo e interno, que los pueblos puedan desenvolverse con absoluta tranquilidad sin temores, miedos ni amenazas, no es admisible coacciones y peor intervenciones extranjeras a vulnerar la tranquilidad a través de conflagraciones internacionales y peor

mundiales, así como tampoco es admisible la violencia interior por parte de sectores dominantes de un Estado, por la clase dominante y una de las formas de dominio cruel, infame y despiadado es las tamañas y sistemáticas desigualdades e injusticias sociales, por más que se pregone el derecho a la libertad sin igualdad, libertad entre desiguales determina irreversiblemente el cometimiento de injusticias sociales insalvables, en este escenario el derecho a la libertad atropella, niega, viola el derecho a la igualdad, en consecuencia no hay derecho a la libertad sin antes alcanzar el derecho a la igualdad. El derecho al libre comercio, libre competencia, libre contratación, libre empresa, libre actuación, libre albedrío es una herejía medieval para el pueblo solo admisible en las calendas griegas.

Así como no es admisible la violencia de naciones extranjeras ni de una clase dominante tampoco es permisible la violencia institucionalizada, que proviene de los poderes del Estado a través de leyes, instituciones estatales y paraestatales, gobernantes de facto que muchas veces han cometido crímenes de lesa humanidad y lo peor hablan a nombre del Estado, encontrándonos frente a un genuino terrorismo de Estado, donde pretenden esconderse los gobiernos para aniquilar cualquier expresión contestataria. La intolerancia política, cultural, étnica de parte del Estado contra movimientos sociales y minorías se vuelve cada vez más visible y sistemático lo que explícitamente violenta el derecho a la paz, a la tranquilidad de los pueblos.

Derecho a la planificación familiar

Este derecho tienen los padres a decidir libre, informada y responsablemente el número de hijos a tener. La fecundidad se ha convertido en un derecho colectivo por las implicaciones que tiene en el bienestar de un pueblo. Los dogmas religiosos no tienen derecho a impedir esta legítima aspiración de la humanidad.

La conferencia del Cairo arribó a un consenso de incluir en los programas estatales políticas sobre planificación familia, el control de la fecundidad, los derechos de la mujer, entre otros.

Jurisprudencia sobre derechos colectivos

Uno de los Estados latinoamericanos que más ha legislado sobre derechos colectivos es la hermana república de Venezuela a raíz del advenimiento del gobierno de **Hugo Chávez,** igual situación

sucede con la nación costarricense. En la Constitución Política de 1999 en sus diferentes articulados aparece el concepto "derechos e intereses, colectivos o difusos". El artículo 26 de la carta magna establece el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Los artículos 280 y 281 disponen las atribuciones de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, no podemos olvidar que la Constitución de 1999 reconoce además el carácter de derecho de los pueblos indígenas en el Artículo 119 y siguientes, y, a partir del Artículo 127 de la carta política se inserta los derechos ambientales.

Los derechos colectivos han sido materia de legislación y en los que no existe, hay jurisprudencia amplia que para hoy y futuro servirá de fuente del derecho para aplicación de casos análogos. No obstante es necesario indicar que aunque pretenda acentuarse la diferencia entre el sistema jurídico venezolano que utiliza el concepto de "intereses legítimos, personales y directos" y otros sistemas como el germánico, que utiliza exclusivamente el concepto de "derechos subjetivos", o el ecuatoriano que usa derechos colectivos simplemente; en realidad la única diferencia reside en la mayor importancia que da el derecho germánico y sus alineados al "interés legítimo". En la teoría del derecho subjetivo el interés es legítimo cuando se encuentra protegido por una ley-derecho positivo-, el resto es un interés simple. En el sistema venezolano no se exige la norma que proteja al interés legítimo, es suficiente que se trate de un interés contrario al derecho.

Conviene precisar que el juez no puede alegar falta de ley para no aplicar derechos garantizados constitucionalmente, el juez se encuentra directamente obligado a resolver al tenor del Artículo 7 y 19 de la Constitución Política de Venezuela, disposición muy parecida a la carta política del Ecuador. Tal sería el caso de los derechos sociales y de los derechos prestacionales en general, en los cuales la omisión del Estado en construir hospitales, dotar escuelas, crear tribunales, etc., tienen en principio un efecto general, pero que inciden de tal forma en el derecho individual que pueden llegar a afectar lo que se ha llamado el mínimo vital o mínimo de la existencia. En la definición de ese nivel de afectación del derecho, es aplicable el principio de la dignidad humana.

Así como se ha legislado sobre derechos colectivos y que constan en la Constitución Política de la república de Venezuela, también

encontramos abundante material jurisprudencial en relación a los derechos colectivos que ahora destacamos.

Libertad de información tolerante

En el proceso # 0369-0370, la Sala Político Administrativa se pronunció en sentencia del 18 de mayo de 2000 acerca de una acción interpuesta por representantes de un partido político, en contra de un decreto dictado por un Gobernador, mediante el cual exhortaba a las emisoras, productores, locutores, periodistas, conductores de programas, imprentas, medios de comunicación y público en general, a *"abstenerse de realizar, transmitir, publicar y comunicar, mensajes con palabras obscenas o comentarios impropios que inciten al odio y/o violencia que imputen a las autoridades legislativas, ejecutivas o judiciales y a la ciudadanía en general, capaces de exponerlos al desprecio público u ofensivos a su honor o reputación"* La Sala admitió la intervención de los accionantes como legitimados, en defensa de *"intereses difusos tanto a nivel gremial periodístico, como de los medios de comunicación social y otros sectores de la sociedad, como intereses de la colectividad y el público en general"* En efecto, la sala consideró que la libertad de información y de prensa no es sólo un derecho individual, sino también una libertad al servicio de la colectividad, que debe tener indudablemente mayor fuerza en la medida en que se ejerce para trasladar a los ciudadanos datos u opiniones que pueden enriquecer a la opinión pública y el debate democrático.

Derecho a la participación y el sufragio

En el proceso # 0085, la Sala Electoral se pronunció en sentencia del 25 de agosto de 2000, acerca de un recurso de interpretación de una disposición de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política ejercida por representantes de la Defensoría del Pueblo. Señala la Sala que los derechos a la participación política y al sufragio, consagrados en los artículos 62 y 63 del texto fundamental, forman parte de los derechos o intereses colectivos y difusos, puesto que permiten la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo.

Interés privado no es colectivo

En el proceso # 000003, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de

Justicia, se pronunció el 25 de enero de 2001, acerca de una acción de amparo interpuesta por miembros de un club campestre, en contra de la amenaza de aplicación de una norma de los estatutos sociales. La Sala consideró que los solicitantes del amparo no actuaban en nombre de una colectividad, puesto que la norma derivaba de la asociación civil, o por lo menos de un sector mayoritario de la misma.

Salarios iguales para todos

En el proceso # 01-0314 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 17 de mayo de 2001, sobre una acción ejercida por la Defensoría del Pueblo, en contra de empresas del sector eléctrico. La Sala consideró que dicho organismo no actuaba en defensa de derechos e intereses colectivos de una profesión o gremio profesional que, al tener características y aspiraciones comunes, persiguen los intereses de grupo en forma unificada. La acción de amparo tenía por objeto obtener el pago de salarios iguales por iguales trabajos, el pago de las prestaciones sociales, intereses moratorios y legales, así como con la celebración de una Convención Colectiva de Trabajo y el cumplimiento de la Convención Colectiva vigente.

Usuarios del sistema financiero

En el proceso # 01-1274 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2002, acerca de la acción ejercida por una asociación de deudores hipotecarios. La Sala consideró que se encontraban cornprometidos derechos o intereses difusos o colectivos de los usuarios del sistema financiero. En la misma causa, en sentencia del 24 de mayo de 2002 la Sala consideró que el lapso preclusivo para pedir las aclaraciones y ampliaciones, contemplado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, no puede aplicarse estrictamente en los casos donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos.

Inclusión de docentes en registro electoral

En el proceso # 02-000036, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció en sentencia del 6 de mayo de 2002, acerca de la acción de amparo interpuesta en contra de la omisión de incluir determinados docentes en un registro electoral. A pesar que en la acción no se encontraban en juego derechos o intereses difusos o colectivos, sin embargo, se podía considerar la procedencia de la extensión de efectos "ultra parte" por la identidad de situaciones

jurídicas en que se encontraban quienes no habían sido partes en otro proceso judicial.

Señales programadas de emisiones contra presidente

En el proceso # 02-0810 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia el 19 de junio de 2002 acerca de una acción de amparo interpuesta en contra de las transmisiones de radio y televisión del presidente de la república, *"en detrimento y con suspensión fáctica de las comunicaciones e informaciones programadas"* La Sala consideró que los hechos imputados al presidente de la república no afectaban intereses colectivos o difusos, por cuanto la indeterminación subjetiva u objetiva que caracterizan tales intereses, no se apreciaba en la demanda incoada.

Derecho de oposición no lesiona intereses colectivos

En el expediente # 02-1435 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia el 9 de julio de 2002 acerca de una acción de amparo interpuesta por una asociación civil, en contra de altos funcionarios, con el fin de que se abstuvieran de convocar a sus seguidores y público en general, a concentraciones o a las denominadas *"contramarchas"*, el mismo día y en el mismo lugar o sus adyacencias por donde transitaría una demostración pacífica. La Sala advirtió la posibilidad que existieran personas que no tuvieran interés en la acción o bien que no se sintieran amenazados en la forma como señalaban los accionantes. La Sala consideró que no había sido aportada prueba de la representación de intereses colectivos; esto es, de que un grupo, no perteneciente a la asociación accionante, determinado o determinable de personas, hubiera aceptado esa representación.

Incorporación de rubros extrañas al contrato

En el proceso # 01-2384, la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 15 de agosto del 2002, sobre una acción de amparo interpuesta por una asociación de usuarios del servicio bancario, en contra de determinadas instituciones financieras, por la *"cuota balón"* contenida en el contrato suscrito por uno de los accionantes, al igual que en los muchos otros firmados por otras personas que se encontraban en la misma situación. La Sala consideró que al haberse invocado la violación de los derechos e intereses colectivos de las demás personas

sujetas al mismo supuesto, de hecho, se estaba en presencia de una acción cuyo objeto lo constituía la protección y defensa de los intereses colectivos de personas determinables que persiguen una resolución que favorezca su situación jurídica contra los organismos contra los cuales obra la acción

Omisiones de actos

En el proceso # 02-3157 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 19 de diciembre de 2002 sobre la acción de amparo interpuesta por un Directivo de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), contra *"los hechos, actos y omisiones provenientes de los integrantes de una asociación que dicen llamar GENTE DEL PETRÓLEO"*. Consideró el máximo tribunal que los derechos constitucionales denunciados como supuestamente lesionados correspondían a la categoría de los derechos colectivos en vista de la incidencia de los hechos denunciados, respecto del desarrollo de la vida económica y social de toda la Nación.

Ley reformatoria al IVA afecta a necesidades indispensables

En el proceso # 03-0124 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció en sentencia del 13 de marzo de 2003 acerca de una acción de amparo interpuesta en contra de una norma de la Ley de Reforma Parcial de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. Estimó la Sala que los derechos constitucionales denunciados como supuestamente lesionados correspondían a la categoría de derechos colectivos o difusos, en la medida que se identificaban con bienes que resultan inseparables de los derechos e intereses de todas aquellas personas naturales o jurídicas que habitan o residen en el territorio de la República de Venezuela y que son sujetos pasivos del impuesto al valor agregado, en particular, los prestadores y receptores de los servicios médicos-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización de índole privada.

Trasmisión de mensajes incoherentes

En el proceso # 02-2477, la Sala Constitucional se pronunció en fecha 25 de abril de 2003 acerca de una acción de amparo en contra de una posible interferencia *"a través de pantallas divididas con imágenes distintas a la alocución oficial o transmisión de mensajes por cintillos durante la misma, o cualquier actividad que pueda*

desvirtuar el espíritu, propósito y razón de la transmisión de mensajes o alocuciones del Ejecutivo Nacional en cadena". La Sala consideró que la denuncia de infracción del derecho a la información, podría afectar intereses difusos del colectivo.

Derecho a tener bines y servicios de calidad

En el proceso # 02-2033 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 15 de mayo de 2003, acerca de una acción de amparo interpuesta por la presunta violación a los derechos a una vivienda adecuada, a la salud, a disponer de bienes y servicios de calidad y a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, en razón de que en su comunidad, existía un inadecuado tratamiento de aguas residuales, lo cual había generado el colapso de las lagunas de oxidación. La Sala consideró que tales derechos pertenecían de forma inescindible a la comunidad, vinculados por un interés social común, esto es, una satisfactoria calidad de vida, pues su ejercicio por parte de sus titulares no puede hacerse de manera exclusiva y excluyente sin que afecte o restrinja de algún modo el ejercicio y goce de los mismos al resto de las personas que habitan en dicha comunidad.

Calidad de servicios

En el proceso # 03-1295 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 5 de junio de 2003 acerca de la acción de amparo y de hábeas data interpuesta por la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), en contra de Informática, Negocios y Tecnología, S.A. -INTESA- La Sala consideró que se estaba en presencia de una acción destinada a la protección de intereses de la sociedad –en particular en el ámbito de los denominados intereses difusos-. Agregó que la empresa tiene su origen precisamente en la procura de un nivel de vida elevado, al cual tienen derecho los venezolanos, como consecuencia de las riquezas que tiene el país y que, bien explotadas y aprovechadas, deben servir para alcanzar no sólo las necesidades básicas de la población, sino incluso mucho más.

Radiación electromagnética vulnera salud humana

En el proceso # 02-3243 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 16 de junio de 2003 acerca de una acción interpuesta por un ciudadano en contra de varias empresas de telecomunicaciones, para proteger al público usuario de la telefonía

celular en forma activa y a los usuarios pasivos que son impactados indirectamente por la radiación electromagnética, tanto de los teléfonos móviles como de las antenas base. La Sala consideró que la denuncia de violación del derecho a la salud y a la vida del colectivo, constituía una acción ejercida con base en los derechos o intereses colectivos.

Seguridad humana

En el proceso # 02-3254 la Sala Constitucional se pronunció en sentencia del 14 de julio de 2003 acerca de la acción interpuesta por una empresa de seguridad marítima, en contra del Ejecutivo Nacional, en razón que a su entender, no habían sido tomadas las medidas para impedir que personal de navegación no calificado hubiera sido enrolado en los buques de PDV Marina, aunado a la manera irregular en que se habrían prestado los servicios públicos de pilotaje y remolcadores, lo cual atentaba en contra de la seguridad marítima y la vida humana. La Sala consideró que la representación de los intereses colectivos derivaba de que la referida asociación, constituye un grupo determinado o determinable de personas que colabora con las autoridades facultadas por el ordenamiento jurídico para garantizar a la población su derecho a un ambiente libre de contaminación.

Jurisprudencia den Costa Rica

Revisemos algunas resoluciones de la Sala Constitucional costarricense

Derecho a la vida, salud y medio ambiente equilibrado

En el proceso # 01-00506 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, falló el 8 de marzo de 2002 en torno al amaparo interpuesto por Egidio Gamboa Leiva, representante de la Asociación de Desarrollo Integral de Río Azul y contra el Ministerio de Salud, Medio Ambiente y Energía, Seguro Social Municipalidad de San José, la empresa Berthier de Costa Rica S. A. y otros por transportar al Relleno Sanitario de Río Azul en forma incontrolada los desechos sólidos procedentes de los centros hospitalarios en vehículos municipales y de la compañía Berthier que no cuentan con permisos legales y lo hacen en condiciones antitécnicas que contaminan. La defensa de los accionados fue no contar con presupuesto adecuado, haber inobservado mínimamente la legislación ambiental entre otros

puntos. La sala declaró con lugar el recurso disponiendo a las autoridades demandadas en aras de la seguridad y salud de quienes manipulan los desechos, facilitar los instrumentos básicos de protección y se adopten las medidas fiscalizadoras a las unidades que transporten este tipo de desechos, la ruta que deben seguir, horarios con el fin de minimizar al máximo su impacto ambiental y su riesgo de salud a las personas. Finalmente la sala condena a las entidades accionadas el pago de costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que liquidarán en ejecución de sentencia de lo contenciosos administrativo.

Vigencia del derecho a la libertad de culto

En el proceso # 01-012467 la Sala Constitucional con fecha 22 de marzo de 2002, ante el recurso de amparo interpuesto por Ana Zeldón contra la Universidad de Costa Rica, por haberse negado la prueba de reposición de Biología, pese haber gestionado desde el inicio ante las autoridades universitarias se permita rendir la prueba un día diferente al sábado, por ser miembro activa de la iglesia adventista, cuya fe prohíbe consagrar ese día de la semana para uso devocional, basada en el principio cristiano de obediencia a la Biblia como norma de fe y doctrina, lo que ha provocado reprobar por segundo año la materia anotada, más no de las otras que si se los ha considerado. En efecto, la negativa se basó en el informe de la oficina jurídica de la entidad superior que fundamentaba no admitir la solicitud por satisfacer necesidades particulares de cada estudiante, que éste último tiene que adaptarse al calendario académico, puesto que el estudiante debe somete a la normativa universitaria al momento de escoger la carrera, horarios, establecidos por la institución, por tanto el derecho de culto no debe obligar a la administración ajustarse a estructuras, planes, horarios y directrices a gustos, preferencias, creencias y disponibilidad horaria de distintos grupos religiosos que existan ene le país. Sin duda el tema fue extremadamente complejo para lo cual la sala se sustentaba en otra resolución similar en la que consideraba "... la libertad religiosa en su concepto genérico, un haz complejo de facultades. En este sentido, en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al estado, para exigirle abstención y protección de

ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar al sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción , sin ser obliga a realizar cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce ene le derecho a practicar externamente la creencia hecha propia..." Asimismo la libertad de culto esta garantizada en la Constitución Política de Costa Rica en sus artículo 75 y guarda armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 12 que se refiere a la libertad de conciencia y religión en la que se destaca "la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado" Con estos antecedentes la negativa de la Universidad costarricense a realizar un examen de reposición a la recurrente pese a que su religión limita la realización de actividades educativas los días sábados, afecta el derecho a practicar los actos de culto propios de una creencia de la recurrente, condicionando y obstaculizando sus derechos como estudiante, así la entidad universitaria ha irrespetado ese deber de cooperación y de no injerencia externa por parte de los poderes públicos en las actividades de la creencia religiosa por tanto la sala dispone al rector de la universidad acoger la petición de la recurrente a fin de que no se le obligue a realizar exámenes los sábados, dado que ello va contra la fe religiosa limitando y restringiendo la libertad de culto tutelado en el Art. 75 de la Carta Magna mandando a pagar las costas, daños y perjuicios causados.

La negativa en entregar el informe del FMI vulnera el derecho a la información

En el proceso #02-000808 la Sala constitucional ante el recurso solicitado por Carlos Manuel Navarro, en calidad de Secretario General del sindicato del Ministerio de Hacienda, coadyuvado por el Otto Guevara, diputado de la nación que también obtuvo la negativa y que dedujo amparo coadyuvante contra el presidente del Banco Central de Costa Rica por la negativa en brindar la información sobre los resultados del estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional, cuyo informe reflejaría la visión que tiene este organismo internacional sobre Costa Rica. En efecto la contestación a la acción del organismo estatal fue que hay una tradición en el Banco Central que

la mayoría de estos informes no se publican, tampoco existe solicitudes de petición de dichos documentos y de acuerdo al artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional son resultados de análisis de supervisión llevado a cabo por ese organismo internacional en torno apolíticas cambiarias de los países miembros y cuyos informes son posteriormente elevados al directorio del Banco y no para someterlos directamente al país objeto de estudio, así al amparo de lo que dispone la sección 4 y 5 del artículo IX del convenio los informes son de uso exclusivo del FMI. La sala para dictar su fallo considera que el derecho a la información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado, ese derecho es a la vez un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en las tomas de decisiones que afecta a la colectividad, por tanto es un derecho humano inalienable e indispensable para la participación. El derecho a la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir información, investigar y difundir informaciones constituyendo un pilar de una sociedad libre y democrática, en consecuencia en el presente caso se ha lesionado el derecho a la información ordenando en forma inmediata al presidente del Banco Central entregar tal informe a los recurrentes, así como a todos los medios de comunicación para que difunda en forma verás y objetiva, asimismo al pago de costas, daños y perjuicio ene la vía administrativa.

CAPITULO DECIMO

Convenio 169

Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

El Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, conocido como Convenio 169 de la OIT fue dictado en Ginebra el 27 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión y tiene como antecedentes las normas que contenía el Convenio 107 de 1957, instrumento jurídico que alumbró en una época donde predominaba la política integracionista, donde asumían la concepción liberal individualista que consideraba a los indígenas como ciudadanos carentes de identidad por lo tanto aún no gozaban de derechos colectivos que les permitiera reafirmar su identidad como colectivos sociales, por lo que estos derechos colectivos reconocidos a nivel internacional se estrellaban con la hegemonía estatal que los excluía. Sin embargo el convenio 107 sirvió de base para afinar el siguiente instrumento jurídico y lo que es más en éste ya aparece el concepto de "población indígena" como colectividad a nivel internacional, y los miembros de estas poblaciones tienen derechos de igualdad como cualquier ciudadano del Estado. Así como también se les reconocieron derechos específicos como la tierra, la educación en su lengua, se reconoce el derecho consuetudinario, sus costumbres y tradiciones que se aplican para la solución de los conflictos.

Además el convenio 107 tiene como antecedente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas y de numerosos instrumentos sobre la prevención de la discriminación. Instrumento jurídico que nace con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las

Naciones Unidas para la agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas por la Educación, la Ciencia y la Cultura, de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano.

En efecto, el Convenio 169 es el primer instrumento de derecho internacional que se refiere al sujeto colectivo culturalmente diferenciado, es decir, su aportación histórica es el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas como sujetos de derecho aunque con serias restricciones.

El jurista mexicano **Damián Camacho Guzmán**, indica que al interior de la OIT la discusión fue intensa y extremadamente complicada para la elaboración y aprobación del convenio 169. El término pueblos provocó una polémica determinante, por un lado los gobiernos y empleadores quienes advertían que a los pueblos indígenas no debería dárseles el trato de *"pueblos"* que en derecho internacional se puede interpretar como *"nación"* y ello implicaba secesión, desmembración, guerra civil, posibilitaba hacer valer el derecho de la libre determinación establecido en la Carta Internacional de Derechos Humanos y el tinte político que pudieran darse, por lo que proponían el uso del término *"poblaciones"* –como en el convenio 107- o, en todo caso, que se determinara el uso restringido del derecho alcanzado. El otro sector, encabezado por los trabajadores y escasos delegados de pueblos indígenas planteaba que el término es inherente a comunidades indígenas, colectividades socioculturales y que debía de respetarse por el propio derecho de ser pueblos originarios y aspirar como cualquier otro pueblo a la autodeterminación sin ningún tipo de restricción, incluso como elemental atenuación a los genocidios cometidos por los conquistadores y colonizadores.

Desventajosamente triunfó la tesis estatal y empresarial aceptando el término pueblo pero limitándose el ejercicio de la autodeterminación por parte de los pueblos indígenas al quedar reducido el término pueblos en el instrumento internacional en cuestión en el punto 3 del artículo 1 al establecer lo siguiente: *"La utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional"*.

El convenio 169 de la OIT en sus considerandos enfatizan la asi-

milación de la que han sido objeto los pueblos originarios, la necesidad que éstos asuman el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, mantener y fortalecer sus identidades, normas, costumbres, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; denuncian la discriminación que sufren de quienes no son indígenas. Se rescata la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad, la cooperación y comprensión internacionales.

Sujetos del convenio: indígenas y tribales

Uno de los mayores problemas de debate a veces caldeado ha sido la definición de indígena, para unos es la descendencia biológica, la permanencia en el territorio históricamente, los usos y la práctica de costumbres de los pueblos originarios, en definitiva la situación objetiva, mientras que para otro sector y fundamentalmente para los sectores indígenas es el elemento subjetivo, es decir la conciencia de considerarse parte del pueblo indígena, su identificación a la visión, costumbres, valores, prácticas de la comunidad. Con la finalidad de evitar elucubraciones el primer artículo del Convenio 169 de la OIT establece quienes son sujetos, beneficiarios o para quienes se legisló el presente instrumento jurídico estableciendo 2 posibilidades. La primera precisa a los pueblos tribales que tiene particulares formas sociales, culturales y económicas que difieren de otros sectores del Estado y la segunda a los pueblos indígenas que descienden de poblaciones que habitaron en una determinada jurisdicción en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, sin importar la situación jurídica, no obstante mantienen sus genuinas instituciones sociales, culturales, políticas y económicas en forma total o parcial, la clave es el sometimiento que sufrieron los pueblos originarios por parte de conquistadores, colonizadores y ahora podemos agregar neocolonizadores.

Preciso es diferenciar entre un pueblo tribal con el indígena y que por cierto tienen muchas coincidencias, practicar una cultura similar, contar con instituciones parecidas, ser históricos, es decir ser originarios, haber estado antes de la conquista y colonización, sin embargo es el elemento político lo que diferencia fundamentalmente entre uno y otro, los pueblos indígenas a diferencia de los

tribales sufrieron los despiadados atropellos de su cultura, lengua y más derechos por parte de los agresores que tenían la misión de arrasar con la resistencia indígena. Ahora el convenio inserta dos numerales en el primer artículo para precisar que es la conciencia de identidad indígena o tribal y la que determina a que grupo pertenece, fortaleciendo el elemento subjetivo del individuo, su voluntad, deseo firme de adherirse a las prácticas ancestrales de un determinado grupo. Como se analizó pueden existir indígenas que renieguen su identidad, por tanto no son considerados como tales; o también individuos que no tengan ninguna rasgo biológico de indígena sin embargo se encuentran cohesionados por vínculos de parentesco (cónyuges de una indígena) o simplemente practique sus usos, tradiciones, costumbres y más elementos sociales, culturales, económicos, políticos y son considerados indígenas por la conciencia de identidad que estos demuestren y sean aceptados por las comunidades a las que pertenecen.

Finalmente aclara el alcance del término "pueblo" en el presente documento, el mismo que no será considerado como en el campo del derecho internacional, en definitiva lo que advierte es no confundir al pueblo con Estado. Revisemos el texto del Convenio:

Artículo 1

"El presente Convenio se aplica:
1. a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, económicas y culturales les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total y parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término <<pueblos>>en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido

que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional."

Proscripción de discriminaciones

En su primera parte obliga a los gobiernos oficiales de los Estados nacionales a desarrollar acciones conjuntas con los pueblos originarios a proteger –preservar- sus derechos, se entiende a la libre determinación a su derecho consuetudinario, su idioma, en definitiva a todo que podría vulnerar los derechos de los pueblos indígenas. Las acciones que se menciona, más adelante son expresas y lo que busca es eliminar discriminaciones, capaz que no vuelvan a presentarse exclusiones racistas de ninguna naturaleza y ser considerados igual que el resto de la población del Estado nacional procurando una convivencia de culturas diversas. Así dispone el siguiente texto:

Artículo 2

"1. - Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar con la participación de los pueblos interesados una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.

2. - Esta acción deberá incluir medidas:

a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socio-económicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida."

Ejercicio de los derechos humanos

El Artículo 3 declara el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales sin impedimento de ninguna naturaleza, no obstante los derechos humanos igualmente hay que entender, interpretar y aplicar en función al gran horizonte de la interculturalidad, a saber no es igual una norma de derecho humano en un pueblo de occidente

que en otro de oriente, musulmán o andino, o un tema más concreto el derecho a la identidad en occidente posiblemente no vulnera su derecho humano, mientras que para los pueblos indígenas viene a ser una violación flagrante a un derecho humano protegido llegando incluso a considerarse como etnocidio, similar al genocidio

Artículo 3

"1.- Los pueblos indígenas y tribales deberá gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de estos pueblos.

2. - No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluyendo los derechos contenidos en el presente Convenio."

Medidas que garanticen las instituciones indígenas

La protección que otorga el Convenio 169 de la OIT a los pueblos originarios es fundamental, expresamente declara las medidas como especiales para salvaguardar en su integridad no solamente a las personas, sino además a las instituciones –asambleas, cabildos, consejos de ancianos, etc.- el trabajo solidario y colectivo sintetizado fundamentalmente en la minga, las culturas traducidos en todas las manifestaciones tangibles e intangibles que los pueblos originarios los posee y el medio ambiente que aparece en forma revolucionaria por primera vez en este instrumento jurídico, puesto que antes se consideraba al campesino, indígena ser el causante del deterioro de la naturaleza, hoy pese a algunos ignoritos que no faltan en forma irresponsable empírica y trasnochadamente inculpan a los campesinos e indígenas la quema de montes, chaparros y cerros, supuestamente para atraer la lluvia en los campos, inculpación por demás perversa; las quemas se originan por la presencia de vidrios y latas arrojadas por supuestos ecologistas, turistas y pescadores que acuden a los cerros, activados por una temperatura extremadamente alta que irradia el sol, en unas ocasiones y en otras por el fuego que activan los mismos visitantes para contrarrestar el frío de las alturas y solo excepcionalmente por campesinos que no pueden controlar el fuego prendido para el desmonte de su predio para

cultivo y pastero que requieren por necesidad de supervivencia, pero jamás por atraer las lluvias, teoría trasnochada fabricada por adversarios de los indios que no hace sino desvelar la discriminación enquistada secularmente. La realidad es otra, el hombre y más precisamente la mujer del campo es la primera y mejor ecologista evidenciada hasta la saciedad; por tanto, el Estado debe brindar todo el apoyo posible como garantía de equilibrio ecológico. Finalmente todas las medidas que adopten los gobiernos no solo que deben ser concertadas con los pueblos originarios, sino que en caso de desacuerdo tácitamente se otorga el derecho a veto a determinadas medidas que eventualmente vulnere a la comunidad o integrante de la misma.

Artículo 4

"**1. -** Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. - Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. - El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales."

El artículo siguiente obliga y reitera a los Estados nacionales a reconocer y proteger los principios y prácticas de diferente índole de los pueblos indígenas, insistiendo en los consensos que deben guiar cualquier medida a adoptarse.

Artículo 5

"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:
a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectivamente como individualmente;
b) Deberán adoptarse, con la participación y coordinación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimentan dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo."
La disposición transcrita declara la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones y concertaciones con los gobiernos oficiales, lo que se destaca en esta norma es la adopción de mecanismos apropiados para ser

consultados, así como utilizar el medio legítimo para tal fin, esto es a través de la dirigencia y sus líderes o instituciones de gobierno comunitario. Finalmente compromete a los gobiernos financiar los planes de desarrollo y consulta que requieran de recursos.

Derecho a consulta

Un derecho fundamental que garantiza la participación de los pueblos interesados en los asuntos que los implique es el "derecho de consulta", mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se pretendan generar medidas legislativas o administrativas que los atañen, estas consultas deberán hacerse bajo los principios de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias para llegar a un consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 6

"1. - Al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán:
a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones selectivas y en organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernen;
c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para ese fin.
2. - Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

La libre determinación

El primer numeral recoge los elementos que conciernen la autonomía de los pueblos en sindéresis con el principio de libre determinación, donde posibilite la construcción de su destino en función de su cosmovisión

originaria. Los numerales siguientes enfatizan la consideración especial o priorización que deben tener los proyectos de desarrollo comunitario encaminados a su mejoramiento, luego su evaluación e incidencias en los otros elementos integradores como el mundo espiritual, cultural, ambiental entre otros.

Artículo 7

"1. - Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en las medidas en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo que es posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

1. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con la participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

2. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

3. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan."

Leyes nacionales observan el derecho consuetudinario

El presente artículo es básico para los pueblos originarios, indica la imperatividad que los gobiernos oficiales al momento de aplicar la legislación nacional deben considerar expresamente las costumbres comunitarias y es más preciso al indicar el derecho consuetudinario y la necesidad de encontrar mecanismos que hagan posible la solución de eventuales conflictos con los derechos

fundamentales que contienen tanto la legislación nacional como las reconocidas internacionalmente. Y confirma en el tercer numeral una disposición que sin perjuicio del ejercicio de los derechos que les asiste a los pueblos originarios también pueden ejercerlos aquellos que reconoce y garantiza la legislación nacional al resto de la población del Estado.

Artículo 8

"1. - Al aplicar la legislación a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. - Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. -La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes."

Compatibilizar leyes nacionales con derecho consuetudinario

Se sugiere en lo posible compatibilizar los derechos propios de los pueblos indígenas con la legislación nacional, no obstante se debe respetar los mecanismos que utilizan las comunidades para la corrección de los ilícitos que cometen sus miembros o comuneros con el fin de garantizar la cohesión social de los pueblos. Así como un elemento fundamental y básico es la obligación jurídica que tienen los jueces y tribunales de justicia penal internacional en observar, insisto imperativamente las costumbres de la comunidad a la que pertenece el inculpado previo a dictar el fallo que corresponda.

Artículo 9

"1. - En la medida en que ello sea compatible con el derecho jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. - Las autoridades y los tribuna-

les llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Propuesta de compatibilidad entre los sistemas jurídicos

Como queda anotado los artículos anteriores del Convenio 169, se sugiere compatibilizar las normas del derecho indígena con la del derecho oficial para hacer efectivo el acceso de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado, señala que deberán tomarse en consideración los métodos, costumbres y su cultura para la efectiva administración de justicia y no vulnerar los derechos fundamentales de estos pueblos y en particular de sus comuneros. En tal sentido podría complementarse de la siguiente manera:

1. - Las comunidades indígenas acreditarían a sus autoridades ante la corte de justicia, consejo de la judicatura o autoridad judicial y demás instancias y niveles de gobierno.

2. - La Jurisdicción y competencia en asuntos de interés colectivo, privado o pública, serán las comunidades indígenas, a través de sus autoridades quienes resuelvan los conflictos que se presenten en su circunscripción territorial, sean o no indígenas los involucrado.

3. - Las resoluciones emitidas por autoridades indígenas tendría el efecto cosa juzgada, es decir no habría lugar a recurso alguno.

4. – Cuando el ofendido dentro de territorio indígena, solicite ser juzgado por autoridades no indígenas y previo su consentimiento el caso se remitiría a la justicia estatal, en virtud que generalmente van precedidos de una secuencia de conflictos previos donde se ha intentado conciliar y no se ha logrado restablecer la cohesión social. La reincidencia constituirá un factor que se castiga con gran severidad en virtud de que esta suele evidenciar desconocimiento o rebeldía a la estructura de gobierno en una comunidad y no se admitirá solicitud de juzgamiento externo.

5. - Cuando se trate de conflictos que involucren a una o más comunidades de uno o más circunscripciones territoriales, se establecerá un tribunal con representación de las autoridades de todas las circunscripciones territoriales, siempre que se trate de conflictos que involucren el interés colectivo de uno o más pueblos indígenas.

6. - De presentarse un proceso judicial a la autoridad externa de

la comunidad de donde proviene el ofendido o encausado, será motivo de nulidad de todo juzgamiento, para evitar su nulidad, la autoridad estatal deberá remitir el caso a su similar de la comunidad.

7. - Habrá la necesidad de conformar un tribunal supremo paritario compuesto por autoridades indígenas y estatales para resolver casos delicados y que requieran su revisión como órgano de última instancia, sin importar la materia del derecho.

Sin duda el tema es extremadamente complejo y delicado apenas dejamos enunciados algunos conceptos para el debate que urge pulir a fin de afianzar la diversidad jurídica y su plena complementariedad de los sistemas jurídicos en aras del respeto y la tolerancia del ejercicio pleno de los derechos como pueblos y como ciudadanos tanto de indígenas como de no indígenas.

Régimen penal especial para indígenas

En esta disposición se imparte a los tribunales de justicia de los estados nacionales considerar a más del elemento cultural, sus características económicos y sociales con la finalidad su formación, visión, idiosincrasia y el mundo objetivo que lo rodea, es decir el ambiente de la comunidad que incide.

Recogiendo las vías alternas en la administración de justicia indígena también se hace eco de las formas alternativas de corrección del infractor, con el propósito de evitar que los sancionados vayan a convertirse en depósitos de seres humanos en aquellos lugares inhóspitos obscuros y desolados del calor humano, antesalas de la muerte que lejos de rehabilitarse aprenden vicios irreversibles y terminan constituyendo extraordinarios alumnos de la mejor escuela del crimen. Para evitar estas taras de la *"sociedad civilizada"* el convenio 169 faculta aplicarse otras formas alternativas de corrección como es costumbre en las comunidades como las labores duras del campo, compensaciones, ortigas y látigos según la gravedad acompañados de los indispensables consejos de los mayores como se anotó en capítulos anteriores.

Artículo 10

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

Se proscribe ejecutar labores obligatorias y gratuitas.

Con el fin de erradicar por completo el trabajo obligatorio en todos los Estados nacionales, ni la remuneración de la labor justifica la imposición de realizar trabajos a los miembros de los pueblos como a ningún ciudadano del Estado. Hoy va desapareciendo esta imposición, no obstante en América Latina hasta finales del siglo XX no era excepción encontrar estos abusos, y no solo que se obliga a trabajar sino que además no se le recompensaba, hoy quedan resquicios en zonas rústicas y dominio del clero

Artículo 11

"La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remuneraciones o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos."

Medios para defensa de derechos de los indígenas

Con este artículo concluye la parte inicial de la política general del presente convenio reiterando la protección de sus derechos y facultando realizar denuncias por su violación y demandando a los Estados nacionales adoptar medidas conducentes a garantizar que los pueblos indígenas pueden tener claridad en cuanto a los procedimientos legales a seguirse, incluso ampara a los indígenas a contar con intérpretes, se entiende traductores de lenguas y profesionales que coadyuven la denuncia o su defensa, así como otros medios eficaces para hacer efectivos sus derechos.

Artículo 12

"Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de los derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuese necesario intérpretes u otro medios eficaces".

PARTE II

Tierras y territorios

A diferencia del pensamiento occidental que considera a la tierra como objeto de apropiación, explotación, enajenación, en

definitiva una mercancía en el gran mercado de la oferta y demanda; para los pueblos indígenas la tierra, Pachamama, Madre Gea es sinónimo de respeto, veneración y amor, ella nos da de comer, beber, cobijar en suma permite vivir disfrutando sus inmensas bondades. Los desastres naturales no son sino una respuesta a la agresión del hombre, no hay accidentes solo causas, la relación del pueblo indígena con la Pachamama es íntima y dependiente, no se puede separar, toda su visión se sustenta en ella y es importante subrayar que el pensamiento indígena no considera a la tierra como elemento aislado de otros elementos de la naturaleza como la fauna, la flora, el aire incluso su hábitat, en una palabra territorio, así dispone los articulados que transcribimos.

Artículo 13

"1. -Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esta relación.

2. -La utilización del término <<tierra>> en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de <<territorio>>, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera."

Derecho de Propiedad y posesión

Generalmente en zonas rústicas donde se encuentran asentamientos de comunidades indígenas por norma general carecen de título de propiedad inscrito en la entidad llamada a registrarlos, con la salvedad de las comunas y cooperativas jurídicas, sus predios, fraccionados en parcelas pequeñas y pequeñísimas en su inmensa mayoría son posesionadas por comuneros, más por el hecho de no contar con un documento público llamado título inscrito no se puede soslayar el derecho a estos predios que históricamente vienen siendo cuidados, pastoreados y cultivados. Esta particular forma de tenencia de la tierra fue regulada por el convenio 169, razón por la que garantiza no solo la propiedad sino además la posesión, llegando incluso a brindar la máxima protección a los pueblos nómadas y agricultores itinerantes que aunque no se encuentren en posesión material, deben ser

devueltas por el solo hecho de haber sido ocupadas alguna vez.
En igual sentido obliga el convenio a los gobiernos estatales a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio del derecho de propiedad y posesión.
De presentarse desalojos, usurpaciones de predios de dominio de los pueblos indígenas, dispone a los Estados nacionales adoptar en sus legislaciones medidas o acciones reivindicatorias.

Artículo 14

"1. - Deberán reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. - Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión.
3. - Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados."

Protección de territorios indígenas

Como se dejó indicado en líneas anteriores no se puede confundir tierra con territorio, este último concepto configura la integridad o totalidad que rodea a la tierra, estos son sus recursos naturales, y el convenio garantiza el disfrute, más no la explotación de los mismos, y lo que es más los pueblos originarios al tener derecho reconocido por este convenio a sus territorios, también están facultados a su administración y conservación, a diferencia del pensamiento jurídico positivo que tiene su antecedente histórico en el derecho romano, que facultaba al propietario de la tierra ejercer el ius utendi, fruendi y abutendi, possidendi, alienandi, disponendi, et vindicando, es decir el derecho a usar y percibir frutos, abusar, poseer, enagenar, disponer y reivindicar. Posteriormente con influencia del pensamiento de los enciclopedistas que sustentaban la propiedad como el más sagrado de

todos los derechos del ciudadano, se alega la ocupación, el trabajo, la satisfacción de las necesidades humanas, la mayor producción de la riqueza, la convención y la ley. En esta misma corriente del pensamiento individualista **Bentham** exclamaba *"La propiedad y la ley han nacido juntas y juntas morirán. Antes de las leyes no hay propiedad; quitad las leyes y toda la propiedad cesa"*. Y diametralmente opuesto está la tesis marxista y anárquica como la propuesta de **Proudhon** que rebatía *"la propiedad es un robo"*. Finalmente vino la corriente de la propiedad social, sin embargo a criterio del derecho positivo liberal el propietario de la tierra a más del derecho de usar tiene la facultad de abusar y donde comienza el abuso termina el derecho, concluyendo que tal tesis es un absurdo jurídico y sociológicamente tramposa.

El segundo numeral del artículo quince hace referencia a la obligatoriedad que tienen los gobiernos en consultar a los pueblos indígenas previo a realizar exploraciones de los recursos del subsuelo que se encuentren en sus territorios. En todas las legislaciones nacionales de los Estados de América Latina la ley prescribe la propiedad estatal de los recursos mineros, sin distinción en cuanto a la propiedad de los predios, lo que vuelve completamente peligroso para los pueblos originarios vivir junto a recursos mineros lo que provoca en algunos casos que comunidades enteras sean expulsadas de sus tierras por parte de las compañías petroleras, acuíferas como sucede en la amazonía ecuatoriana en la que las compañías petroleras han desalojado a comunidades indígenas como el bullado caso de la OXI que ha cometido violaciones constitucionales y legales en los derechos ambiental, cultural, político fundamentalmente en desmedro de los pueblos de la amazonía.

Sin embargo el convenio habla de territorios, en tal sentido por más que los recursos naturales se encuentren en el subsuelo el concepto de territorio desde la visión indígena no solo es la superficie, su hábitat, sino además el subsuelo el *"ucu pacha"* por consiguiente no hay derecho para que ingresen y peor desalojen las compañías mineras de los territorios que pertenecen históricamente y en forma exclusiva a los pueblos indígenas. Ahora lamentablemente en la mayoría de las constituciones políticas latinoamericanas y en particular la del Ecuador prescribe que los recursos mineros son de propiedad única y exclusivamente del Estado, disposición que está bien siempre y cuando se exceptúe aquellos

recursos del subsuelo que se encuentren en territorio o circunscripciones territoriales de las comunidades indígenas, solo esta declaración haría cambiar el estado jurídico de las comunidades que se encuentran en muchas zonas del continente en constantes disputas defendiendo apenas su derecho a vivir armónicamente con la naturaleza, libre de contaminación y conservando sus costumbres y tradiciones. Como cono-cemos la Carta Política de los Estados Nacionales se encuentra por encima de toda norma, incluso de los tratados internacionales razón por la que es justa, necesaria y urgente esta reforma constitucional.

Las disposiciones del presente convenio también regulan la posibilidad de retornar a sus territorios de origen a sus pueblos cuando hayan desaparecido las causas o motivos que originaron su desalojo, o en su defecto la obligación de los Estados nacionales de entregar tierras cultivables iguales o mejoras que las que tuvieron antes del desalojo que permitan satisfacer sus necesidades y proyectarse. En caso de recibir una compensación en especie, tierras o indemnización económicamente por sus tierras, el convenio prescribe la obligatoriedad que el Estado tiene de asumir con todas las garantías posibles, además toda pérdida de bienes o desmedros de los mismos que sufran las comunidades al momento de trasladarse de un lugar a otro será indemnizado por el Estado.

Se dispone también la obligación del Estado en respetar las modalidades de transmisión de los derechos sobre los predios entre integrantes de una comunidad y la obligación estatal de evitar el aprovechamiento de los derechos de propiedad, posesión y uso de sus tierras, para lo cual precisa el deber de los gobiernos en adoptar todas las medidas necesarias que garanticen su pleno ejercicio al derecho sobre las tierras y de producirse se conmina a los Estados a tipificar las sanciones en sus legislaciones.

Finalmente el presente capítulo en el tema agrario prescribe el deber de los gobiernos oficiales a asignar adjudicación de tierras adicionales a las que tengan los pueblos indígenas cuando éstos requieran para satisfacer sus elementales necesidades y el apoyo, se entiende económico –créditos, incentivos, herramientas-, para labores propias del campo.

A continuación trascribimos las disposiciones que contiene el capitulo sobre tierras y territorios.

Artículo 15

"1.- Los derechos de los pueblos

interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. - En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras o consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos pueblos fuesen perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o de autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades."

Artículo 16

"1. - A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este Artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. - Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la ubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan posibilidad se estar efectivamente representados.

3. - Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. - Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos apropiados, pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sea por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. - Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento."

Artículo 17

"1. - Las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos, deberán respetarse.
2. - Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. - Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o su desconocimiento de las leyes por parte de los miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras perteneciente a ellos."

Artículo 18

"La ley deberá establecer sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados, a todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones."

Artículo 19

"Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:
a) La asignación de las tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
b) El otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen."

PARTE III

Contratación y Condiciones de empleo

El presente capítulo hace referencia exclusivamente a la relación laboral de los pueblos indígenas obligando a los Estados nacionales a brindar protección en cuanto a la contratación, condiciones y acceso al empleo, remuneración justa, derecho a organizarse, igualdad de oportunidades para mujeres y hombres, así como otros que son

conquistas históricas del sindicalismo.

También obliga el convenio adoptar medidas que garanticen a los trabajadores a ser plenamente informados de sus derechos, la prohibición a los empleadores a obligar a trabajar en situaciones coercitivas, incluidas toda forma de servidumbre por deudas, así como aquellas que vulnere la salud y el acoso sexual. Así dispone la disposición que trascribimos:

Artículo 20

"1. - Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2.- Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

a) Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción de ascenso;

b) Remuneración igual por trabajo de igual valor;

c) Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todos las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;

d) Derecho de asociación, derecho a dedicarse a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores que pertenecen a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes, empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratista de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismo sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para la salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) Los trabajadores pertenecientes

a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio."

PARTE IV

Formación profesional, artesanía e industrias rurales

En el presente capítulo el convenio procura brindar la igualdad de oportunidades a todos los integrantes de los pueblos indígenas, ubicando en las mismas condiciones que el resto de la población de los Estados, además en función a las demandas y aspiraciones de los pueblos originarios diseñar programas, proyectos y planes los mismos que deben ser concertados procurando que sean los propios pueblos quienes lideren estos procesos de formación profesional.

Garantiza las actividades artesanales como recolección, caza y pesca artesanal como medio de subsistencia, incluso imparte a los gobiernos adoptar acciones para el fortalecimiento de estas prácticas comunitarias y de existir una petición de asistencia técnica y financiera de los pueblos originarios a los gobiernos estos deben acceder en función de sus necesidades y particularidades de desarrollo sostenible, sustentable y equitativo respetando sus técnicas tradicionales y características culturales de los mismos.

Artículo 21

"Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de los medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos."

Artículo 22

"1. - Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. - Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de

dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.
3. - Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con estos pueblos, que deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, estos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden."

Artículo 23

"1. - La artesanía, las industrias rurales y comunitarias, y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberá reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura, autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de estos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. -A petición de los pueblos interesados deberán facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo."

PARTE V

Seguridad social y salud

La seguridad social y de salud históricamente ha estado reservada a pequeños colectivos que por adelantarse en sus legítimas demandas han sido atendidas, sin embargo con este convenio lo que se pretende es ampliar sin discrimen de ninguna clase y en particular a los pueblos indígenas, para lo cual conmina a los gobiernos establecer los medios necesarios para brindar los servicios de salud y seguridad social, para lo cual deberán contar con la participación de estos pueblos y en función de las condiciones sociales, económicas, geográficas, culturales, así como enfatizar en la salud preventiva y alternativa, dando prioridad a los propios miembros de las comunidades para que sean éstos quienes estén al frente de estos programas y en coordinación con las entidades estatales.

Artículo 24

"Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna."

Artículo 25

"1. - Los gobiernos deberán velar porque se ponga a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permita organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud y mental.
2. - Los servicios de salud deberán en la medida de lo posible, organizarse en el ámbito comunitario. Estos servicios deberán plantearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.
3. - El sistema de asistencia sanitaria deberá dar preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.
4. - La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país."

PARTE VI

Educación y medios de comunicación

El presente capítulo estructurado en cinco artículos contiene un elemento esencial para los pueblos indígenas como es la educación que constituye un elemento dinamizador de toda comunidad. El ideólogo de la revolución cubana **José Martí** decía *"solo un pueblo culto es un pueblo libre"*; la educación debe reivindicar su proceso histórico de manera crítica, denunciado los atropellos sistemáticos, la importancia de sus conocimientos y técnicas ancestrales, sus valores o preceptos como fundamento de la convivencia pacífica de sus integrantes, así como la cosmovisión originaria articulando los factores culturales, económicos y sociales. El reconocimiento y financiamiento estatal a las instituciones y medios de educación, procurando que los pueblos originarios elijan sus representantes para que en forma directa

participen planificando, elaborando y ejecutando sus labores. Se destaca que la educación debe impartirse con todos los valores anotados desde la niñez procurando no solo la enseñanza formal de leer y escribir sino además asumir un pensamiento crítico y ante todo liberadora.

Para hacer efectivos el cumplimiento de estos fines y principios el convenio exhorta a los Estados nacionales adoptar los mejores y más efectivos medios de comunicación social, implícitamente se indica la necesidad que los pueblos originarios cuenten con medios de comunicación alternativa que brinde una educación de masas para preservar su cultura, tradiciones, costumbres y toda la riqueza de sus pueblos, en el mismo sentido que los textos de historia y demás materiales didácticos sean acorde a su realidad, visión y liberación de las cadenas mentales.

Artículo 26

1. Los programas y servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollar y aplicarse en cooperación con estos últimos, a fin de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre qué tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con estos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 27

1. Siempre que sea viable, deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de estos programas, cuando haya lugar.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua indígena o en la más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezca. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán realizar consultas con esos pueblos con miras a la

adopción de medidas que permitan alcanzar ese objetivo.
2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados, y promover el desarrollo y la práctica en las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuera necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblo

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

PARTE VII

Contactos y cooperación a través de las fronteras

El convenio conmina a los gobiernos de los Estados nacionales a romper las fronteras nacionales que no dejan de ser postizas, cercadas por intereses económicos y estratégicos de poder. La nación quechua se encuentra en los Estados del Perú, Bolivia y Ecuador, mantienen sus mismas costumbres, cultura, visión del mundo y lo menos que deben hacer los gobiernos nacionales es permitir sin ninguna restricción su comunicación y de ser posible su

unificación como nación real e histórica.

Los pueblos indígenas y tribales tienen pleno derecho a establecer con sus semejantes acuerdos de mancomunidad, . cooperación económica, social, cultural, ambiental y más actividades que promuevan el desarrollo de sus comunidades, para ello de ser necesario los gobiernos deben suscribir convenios internacionales que faciliten los acuerdos.

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar las medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre los pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económicas, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

PARTE VIII

Administración

Este capítulo trata de las estrategias a seguirse para dar cumplimiento o ejecutar las disposiciones que trata el convenio 169. Exhorta a los representantes de los gobiernos oficiales establecer instituciones u organismos más apropiados idóneos para la administración de los programas que afectan o potencien a los indígenas desde la planificación, coordinación ejecución y evaluación. Finalmente la adecuación jurídica de las leyes a tono con las demandas sociales y ecológicas de los pueblos. Así en el Ecuador se creó el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador CODENPE como entidad jurídica de derecho público con autonomía y composición indígena que planifique su desarrollo; en igual sentido se constituyó el PRODEPINE como organismo ejecutar de las políticas sociales, culturales, económicas, espirituales de las comunidades del Ecuador.

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) La planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos

interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio.
3. La proporción de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

PARTE IX

Disposiciones generales

Las particularidades de cada país y nacionalidades indígenas no pueden tomarse como receta única o pretenderse acomodar a un solo esquema, la diversidad de criterios, visiones de los pueblos demanda un tratamiento flexible y particular; si bien este convenio es el gran paraguas que protege a todos los pueblos y nacionalidades, ello no significa que tengan que aplicarse al pie de la letra, más bien se respetarán sus derechos, costumbres y se aplicará este documento a la luz de las realidades propias de cada nación y lo que es más, si la legislación, costumbres o acuerdos nacionales les aventaja a este convenio aquellos derechos serán intangibles, me atrevo afirmar que la intención del presente documento fue de aplicar el principio in dubio pro indígena, en caso de duda jurídica se aplicará lo más favorable al indígena.

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adoptan para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizadas a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

PARTE X

Disposiciones finales

En la parte final del documento establece la revocatoria explícita del Convenio 107 de la OIT que fue el antecedente inmediato al actual y que tuvo avances relativos pero que no fue suficiente calmar las demandas de los pueblos interesados.

Dispone la forma de ratificar este convenio por parte de los países miembros y su vigencia, hecho que ha sido ratificado por casi todos los países latinoamericanos y legisla la forma de hacer efectiva

las observaciones que presenten en cada Estado miembro de la OIT.

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, por cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. - Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un periodo de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se ha registrado.

2. - Todo miembro que haya ratificado este convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este Artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este Artículo.

Artículo 40

1. - El Director General de la Oficina Internacional del trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. - Al notificar a los miembros de la organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el director general llamará la atención de los miembros de la organización sobre

la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al secretario General de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. - En caso de que la Conferencia adopte en nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario;
a) La ratificación, por un miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el Artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
b) A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los miembros.
2. - Este convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas.

Proyecto de declaración americana de los pueblos indígenas

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos aprobó el 26 de febrero de 1997 un Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, así como también el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Poblaciones Indígenas, basado especialmente en diversos instrumentos internacionales, relativos

a derechos colectivos como fuentes del derecho internacional, especialmente en el Convenio 169 de la OIT, debido que actualmente el sistema interamericano no cuenta con ningún instrumento que aborde derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el ámbito de aplicación y definición del sujeto de derecho colectivo comprende de acuerdo con el artículo 1: *"... a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status jurídico sea regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales"*. Establece la autoidentificación como criterio fundamental para determinar a esos pueblos, y restringe el uso del término, como en el Convenio 169, con el de *"nación"*. Así como también garantiza su derecho de pertenencia a los pueblos indígenas.

Se establecen el goce pleno y efectivo de los derechos humanos y garantías fundamentales a los pueblos indígenas y sus miembros, se reconoce su actuar colectivo, sus culturas, su manera de profesar y practicar sus creencias espirituales y uso de sus lenguas. Se les garantiza el derecho de gozar de personalidad jurídica, reconocido por el Estado.

El derecho que tienen a su integridad cultural, y a su patrimonio histórico y arqueológico como piezas fundamentales para su supervivencia y su identidad, y el derecho a la restitución de la propiedad integrante de dicho patrimonio de la que fueran despojados. Se les garantiza el derecho a sus lenguas, filosofía y concepciones lógicas como componente de la cultura nacional y universal. En términos educativos a definir y aplicar sus propios programas, instituciones e instalaciones educacionales, con medidas, por parte del Estado, para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la educación en todos los niveles.

Se consagra el derecho a la libertad de conciencia, de religión y práctica espiritual, se adecuan medidas especiales por parte del Estado para asegurar sus sitios sagrados, inclusive sus cementerios, así como el derecho que tienen a mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras, territorios, agua, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado. En el Proyecto de Declaración Ame-

ricana se habla particularmente de las relaciones y vínculos de familia, que obligan al Estado a reconocer y respetar las distintas formas indígenas de familia, matrimonio, nombre familiar y de filiación.

Plantean el reconocimiento legal a la práctica de la medicina tradicional, que incluye el derecho a la protección de plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. Pero a su vez dicho derecho se complementa con el de un medio ambiente sano, seguro y libre de toda contaminación, y se asegura que sean informados de medidas que los puedan afectar y puedan participar en la formulación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos.

Autonomía

Uno de los derechos más demandados por los pueblos indígenas es la libre determinación que lleva a la autonomía de sus gobiernos, para en forma libre y voluntariamente tomar las mejores decisiones que beneficie a la colectividad e ir construyendo su destino histórico. Esta disposición que consagra la autonomía es explícita frente a una declaración apenas implícito presente en el Convenio 169 de la OIT y aún cuando su aprobación será la suma de variadas negociaciones de los Estados miembros, constituirá una progresión en el reconocimiento de un derecho innato a toda colectividad sociocultural americana. Veamos su texto íntegro:

Derecho al autogobierno

1. - Los pueblos indígenas tiene derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a *inter alia*, cultura, religión educación, información, medios de comunicación, salud, habitación empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas.

2. - Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación, si así lo deciden, en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino. Ello podrá hacerlo directamente o a través de repre-

sentantes elegidos por ellos de acuerdo a sus propios procedimientos. Tendrán siempre el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión; y a igualdad de oportunidades para acceder y participar en todas las instituciones y foros nacionales.

Reconocimiento de derecho indígena

En sentido similar a la declaración anterior del derecho de autonomía, también consta otro derecho pilar en el contexto de la autonomía como es el reconocimiento del derecho indígena dentro del sistema jurídico estatal, que es reconocido como sistema normativo vigente y de aplicación espacial en el marco del territorio indígena. A continuación trascribimos la disposición:

Artículo XVI

Derecho indígena

1. - El derecho indígena debe ser reconocido como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados.

2. - Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía.

Para ello el Estado deberá facilitar en sus estructuras organizativas las instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos con el consentimiento libre e informado de los mismos. Y en sentido contrario, en una retroalimentación, las instituciones relevantes del Estado, si le sirven a los pueblos indígenas, serán diseñadas para reforzar y promover su cultura, identidad, tradiciones, organización y valores.

Territorios y propiedad

Otro derecho que contempla el Proyecto de Declaración Americana de los pueblos indígenas, no menos importante es el del reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión y disfrute de sus territorios y propiedad, al igual que las que han ocupado históricamente, así como de las que hayan tenido acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento. Además de la protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras, inclusive sobre la

capacidad para usar, usufructuar, administrar, preservar y conservar los recursos naturales.

Finalmente el proyecto comprende otros derechos importantes como son los laborales, los derechos de propiedad intelectual, el derecho al desarrollo, así como los relativos para la vigencia y aplicación de la Declaración en los Estados firmantes.

El Proyecto de declaración universal de los pueblos indígenas

La evolución que ha tenido el sistema internacional respecto a la categoría de pueblo indígena como derecho humano, ha pasado del reconocimiento de grupos étnicos o religiosos en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 con sus minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, hasta la de minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas en la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías de 1992. Instrumentos que han generado instituciones como lo fue el Consejo Económico y Social de la ONU. En 1946 nació una Comisión de Derechos Humanos, y de ésta en 1947 una Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

En 1982 surgió el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas con el objetivo de la preparación de un Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, equipo de trabajo que se crea con la participación de especialistas que vieron la necesidad de abrir ese espacio a los actores a quienes potencialmente sean beneficiados o perjudicados y es así que participaron representantes indígenas, que luego de varias discusiones salió el proyecto que contiene el reconocimiento al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, la igualdad del sujeto individual y colectivo del indígena y del pueblo indígena frente al ciudadano y al Estado nacional, así como, el disfrute pleno de las garantías fundamentales y los derechos humanos postuladas por el Derecho Internacional. Esto tiene una importancia mayúscula, puesto que reconoce la categoría de pueblo indígena.

El nacimiento de la ONU se da en un momento histórico donde existía un colonialismo a ultranza y gran parte de la ideología imperante excluía los derechos colectivos de las naciones, nacionalidades, pueblos indígenas o étnicos para la libre hegemonía del Estado liberal y hasta hace muy poco a los pueblos indígenas

se les trataba como minorías, es decir, como objeto de protección en términos de suprema generosidad no como pueblos sujetos de derechos. Trascribimos el texto del proyecto en los puntos que compete al presente estudio:

Artículo 1. Los pueblos indígenas tienen el derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocido por la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Se establece el derecho colectivo de estos sujetos de derecho a mantener y desarrollar sus propias características e identidades tanto en el plano individual como en el colectivo. Se les reconoce el derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena de acuerdo a las tradiciones y costumbres de la misma. También se les reconoce la libertad de determinar su ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones, dicho derecho se complementa con el que se desprende de la libre determinación de configurar sus estructuras e instituciones.

Artículo 32. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y traiciones. La ciudadanía indígena no menoscaba el derecho de las personas a obtener la ciudadanía de los Estados en los que viven.

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones con sus propios procedimientos.

Se complementa el principio básico de la nueva relación que los Estados pactaran con los pueblos indígenas, precisamente con el reconocimiento a la autonomía como expresión de la libre determinación en la declaración, esto es:

Artículo 33. Los pueblos indígenas, como forma concreta de ejercer su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas,

la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso de personas que no son miembros, así como los medios de financiar esas funciones autónomas.

Debemos aclarar que dicho planteamiento se recoge de un proyecto de declaración, que lleva veinte años en el escritorio y se encuentra sujeto a consenso y constante cabildeo entre miembros de pueblos indígenas pero, sobre todo, de gobiernos que son quienes tienen todo el peso político para inclinar la balanza en defensa del Estado liberal, elitista y excluyente o bien para abrir un espacio de reconocimiento de derechos colectivos a su pluralidad jurídica y la convivencia tolerante en una interculturalidad auténtica.

CAPITULO UNDECIMO

La justicia en las comunidades indígenas

En el derecho indígena como hemos revisado no existe un cuerpo legislativo escrito en el que se encuentren tipificados los delitos penales graves, menores y contravenciones; o la clasificación de las grandes ramas del derecho como la civil, administrativa, social, tributaria, canónico, penal, mercantil, entre otras como contiene el derecho liberal positivo. En el mundo indígena el derecho se encuentra fusionado a la armonía natural integradora manifiesta en la actividad política, religiosa, cultural, espiritual, filosófica, económico, social. Cuando una de estas normas de conducta son vulneradas, surge el problema –conflicto- visibilizando la justicia, que persigue una finalidad correctiva, más que represora e incluso encontramos una justicia preventiva bajo la responsabilidad de los mayores, madres de hogar que brindan sus primeras y sostenibles orientaciones a los niños y adolescentes para su ulterior desarrollo y comportamiento con sus congéneres, en valores y principios milenarios: Ama shua, Ama llulla, Ama killa y Ama upa – no robar, no mentir, no ser ocioso, no ser tonto-. Orientaciones que son constantes, sistemáticas y progresivas; la crianza de los wuawuas requiere más cuidado que una planta, todos los días la madre los nutre de valores y no es simple teorización sino una auténtica praxis, el ejemplo de los mayores es la clave para la enseñanza de los hijos, desde muy pequeños se enseña el respeto –saludar a parientes, conocidos e incluso "extraños"; a ser comedido –solidario- con quienes requieren ayuda, ser un comunero auténtico, sincero y laborioso.

A fin de procurar una mejor comprensión de la administración de justicia indígena en las

comunidades y sin pretender ni remotamente afirmar que el derecho indígena tiene una clasificación determinada, esquemática y menos rígida sino con fines pedagógicos nos atrevemos a clasificar así:

Justicia Penal

- Delitos contra la propiedad
- Homicidios e intentos de homicidas
- Brujería – hechicería
- Iguanada
- Rabo de raposo
- Agresiones físicas
- Accidentes de tránsito
- Chismes
- Pandillas juveniles
- Estafas
- Abusos Sexuales
- Envenenamiento a animales

Justicia Política

- Impugnación de autoridades comunales
- Resoluciones administrativas
- Mingueros del Proyecto Nero construyen la utopía
- Irrespeto a autoridades
- Conflictos interreligiosas

Justicia Social

- Separaciones conyugales
- Adulterios
- Gagones – relaciones incestuosas
- Embarazos
- Chuzalongos
- Abortos
- La descriminalización del aborto
- Celos
- Maltratos conyugales
- Desobediencia de menores
- Ociosidad

Justicia Civil

- Linderos territoriales de comunas
- Linderos de predios individuales
- Herencias
- Destrucción de bosques
- Deudas
- Reproducción de animales
- Obstáculos a servidumbres
- Conflictos por el agua
- Conflictos intercomunitarios
- El agua determina la vida humana

Acciones preventivas de la justicia indígena

Hay más ilícitos que se cometen a nivel comunitario, sin embargo no son muy frecuentes y en el evento de presentarse se juzga aplicando los correctivos parecidos a los delitos anotados.

Ahora vamos a revisar cada una de las conductas antijurídicas que son tipificados como ilícitos comunitarios.

JUSTICIA PENAL

Delitos contra la propiedad

Los delitos contra la propiedad son frecuentes en las comunidades, tiene relación con la actividad

diaria de los campesinos, por el contacto con las herramientas de trabajo, cometiéndose la sustracción de picos, palas, machetes, azadones, yugos y otros instrumentos de labranza. También se cometen robos de cosechas, dineros, últimamente electrodomésticos y lo más frecuente en el medio comunitario desde hace mucho tiempo atrás hasta nuestros días, son los robos de ganado vacuno, porcino, caballar, ovino, aves de corral y animales menores. Los mayores cuentan que antiguamente no había mayores problemas de sustracción de ganado y de surgir este ilícito era completamente esporádico, la tranquilidad y la paz reinaba en la comunidad al extremo que los comuneros dejaban sus animales, instrumentos de trabajo lejos de las casas, incluso sus habitaciones pasaban sin seguridades, había un total respeto por los bienes ajenos. Comuneros de Totorillas-Azuay cuentan *"nuestra comunidad fue tranquila, jamás hubo ladrones como en estos días donde, últimamente aparecen los "cuatreros" o "vacashuas" de fuera de la comunidad, por eso tenemos nuestros animalitos cerca de las casas y así se llevan, por eso nos organizamos y tuvimos que armarnos para cuidar nuestros animalitos y aún así no calman los robos.* Irónicamente concluye, *antes teníamos miedo de los "llashacos" –leprosos- que decían nuestros padres que perseguían para chupar y bañarse con sangre de la víctima para curarse, hoy si verdaderamente tememos miedo a los ladrones que llevan nuestros animalitos y hasta dejan matando a los dueños".*

Manuel Ganzhi, dirigente de AZOAC del Cañar cuenta que a finales del año 2000 un día desaparecieron 12 cabezas de ganado de las comunidades Inganilla, Aguarongo, Quinoapata y Molobog del cantón Cañar, era una novedad, se buscó, averiguamos si alguien sabía del ilícito, solo supimos que entraron en dos camiones grandes y se llevaron con rumbo desconocido indica el dirigente y *"después de 2 años hubo pistas que nuestras vaquitas estaban en Morochoquihua -una comunidad de Turi del cantón Cuenca-, enseguida contratamos buses, nos armamos todas las comunidades afectadas, porque los robos continuaban en menor escala pero seguía, llegamos a Morochoquihua y encontramos nuestras vacas ya con crías aumentaron a 22 cabezas de ganado. Luego fuimos a las casas encontramos en una gran borrachera a los cuatreros, incluido dos autoridades, eran los tenientes políticos de las parroquias Turi y Ricaurte de*

Cuenca, que eran cómplices, a estas últimas dejamos latigando bien y luego volaron, creo que les salió ese rato el trago porque se asustaron, nosotros estuvimos como dos mil personas y volvimos con las cabezas de ganado y ocho delincuentes, les tuvimos 5 días encerrados en la celda de la comunidad, todos los días les latigamos, luego les bañamos y limpiamos con trago hasta que confiesen quien de nuestra comunidad hacía el contacto con los cuatreros, al quinto día confesaron, entonces entregamos a la policía, a los tres días supimos que ya salieron de la cárcel, así es la justicia de la ciudad" indica el dirigente. Agrega el líder comunitario, *"después vino la venganza de estos malos ciudadanos, mataron a dos compañeros y un comunero se salvó porque se hizo pasar por muerto dejaron abandonado en un matorral quien contó que se trató de una venganza, reaccionamos nosotros y al espía de los cuatreros que fue un Ramón Paredes, le expulsamos de la comunidad después de castigarle y permitimos que venda sus propiedades y se vaya de la comunidad con su familia, así se detuvo el cuatrerismo y la venganza de estos malos ciudadanos"* concluye el dirigente indígena.

Una particularidad conviene destacar en la justicia indígena y es el hecho que al bañar con agua se persigue lavar, limpiar y purificar al infractor. En Cañar se acostumbra introducir en una laguna al infractor; mientras que al Sur del Ecuador en Saraguro, San Lucas y la provincia de Loja se construye exprofesamente unas pozas con agua para sumergir al infractor para que cuente los alcances del ilícito y sobre todo indique quién es el cómplice de la comunidad que avisa sobre los teneres de los comuneros. Luego de sumergir al autor del ilícito en el agua se acostumbra brindar un copa de aguardiente con aguas de plantas medicinales bien fuerte para aliviar el frió y limpiar por dentro al infractor de los malos hábitos y devolver al comunero completamente limpio y sano para su reencuentro con el equilibrio natural comunitario.

Correctivos

Como se indicó la justicia penal indígena no prioriza la sanción o venganza contra el infractor, más bien la finalidad es corregir, enmendar con el consejo orientador, no robar -ama shua-, sobre lo malo lo incorrecto que ha sido la conducta o acción del infractor, que procura limpiar la conciencia, profundizando la reflexión del mal

que se hace a sí mismo, a su familia, amigos y a la comunidad que como consecuencia de su acto negativo nace los problemas que rompen la armonía natural comunitaria. Es ésta la razón por la que necesariamente interviene el dirigente, el líder y en determinados casos también la comunidad a facilitar el arreglo como único e imperativo categórico para retornar al equilibrio social.

Los correctivos a las conductas antijurídicas son variables, y se determinan en función de elementos como la cuantía, los infractores, las circunstancias y la violencia con la que se cometen los ilícitos.

Para los robos de cuantía menor cometidos por menores de edad se corrige con ortiga frotando las manos del infractor, y no se aplica más que en las *"manos traviesas que hacen daños"*, se imparten sendas lecciones de ética y moral para que llegue a lo más profundo de la conciencia del *"muchacho travieso"* y que "*nunca más vuelvan hacer daños"* a sus congéneres. Finalmente el responsable de la infracción tiene la obligación de resarcir el daño material causado con la devolución de lo sustraído, en caso de aún conservarlo, de no ser así debe devolver con un objeto similar o el equivalente a su valor económico.

Para las infracciones de cuantía mayor igual que la anterior se imparten los infaltables consejos con la diferencia en el *"escarmiento"* que es más fuerte y que consiste en *"chamuscar las manos"* con candela encendida en una pequeña porción o *"puñado de paja"*. Ahora esto es simbólico porque jamás ha habido quemaduras mayores en los casos averiguados, más bien aparece como una advertencia o *"amenaza"* de si tomas algo ajeno *"té hortigaremos las manos"* o para los daños mayores *"te quemaremos las manos"*.

En algunas comunidades se han dado latigazos y baños con agua fría en altas horas de la noche, es verdad, pero en circunstancias en las que son capturados los *"cuatreros"* - ciudadanos de "profesión" especialistas en robar ganado-, que constituyen auténticos *"ladrones avezados"*, que teniendo la culpa se niegan a asumir la falta y lo que es peor hacen resistencia, responden alterados y amenazan con vengarse. Situación que ha puesto a sus dirigentes en serios aprietos, incluso *"cuatreros"* que han sido detenidos *in flagrantes* han instaurado acciones penales en contra de determinados dirigentes, encontrándonos en una situación paradójica donde las *"tórtolas disparan contra las escopetas"*.

Luis Humberto Uguña Pañi, comunero de Gualalcay, jurisdicción de la parroquia El Valle-Cuenca- nos cuenta el siguiente hecho:

"La comunidad se organizó a raíz del robo de ganado, siempre los cuatreros nos hacían daños, teníamos que proteger al ganado en corrales con candados, llaves, incluso picotabamos noche al ganado en los pilares de las casas y así nos robaban. No contentos con llevarse nuestros animalitos, asesinaron al compañero ***Tobías Tenecota****; sería las 10 de la noche, los cuatreros habían sacado un torete de la picota que estuvo en el subterráneo adentro de la habitación donde dormía el finado con su familia, oyó un ruido al momento de cortaban el candado, enseguida tomó una varilla de hierro y salió a defender el torete; en tales circunstancias los cuatreros le asesinaron con varios disparos... ni la muerte del dueño impidió el robo del torete, los cuatreros eran gente avezada. Ante el grito de auxilio dado por los familiares nos reunimos hombres y mujeres, fuimos en busca de los autores sabíamos que eran de Morocho Quihua pero no conocíamos a los autores. Los líderes de Gualalcay a la cabeza entramos en las casas de los sospechosos eran ya era madrugada, recuperamos el torete y detuvimos a 14 personas, y en medio de la plaza central de Gualalcay investigamos uno por uno y empezaron a delatar que en realidad fueron ellos quiénes dieron muerte a* ***Tobías Tenecota*** *por hacer resistencia, declaración que hicieron por el castigado con un fuete de mullapa. Luego de reprenderles y poner en manos de las autoridades de Cuenca, a los pocos días habían salido libres como inocentes y las represalias no se hicieron esperar vinieron contra los principales líderes de la comunidad, al extremo que estuvimos con orden de captura los principales dirigentes. Nos defendimos desde la clandestinidad, la lucha no fue fácil, por el contrario larga y desesperante, perdimos en algunas instancias y al último gracias a la presión de cientos de comuneros que marchamos en las calles de Cuenca exigiendo justicia al fiscal, al juez alcanzamos nuestra libertad, fuimos absueltos, mas los autores del crimen salieron libres, definitivamente no hay justicia para los de poncho, pero al fin la unión de la comunidad ganó, los cuatreros no volvieron a pisar nuestra comunidad, porque les amenazamos cortar las manos y hasta quemar vivos si se repetía un robo o muerte a un comunero nuestro; por eso no creemos en la justicia de la ciudad, se hacen*

entre ellos, con la plata compran la justicia, a nosotros pobres campesinos ni nos toman en cuenta, no hay justicia para los de poncho. Donde si hay justicia es en la comunidad, hay no vemos pobres, ricos, indios, blancos, a todos por igual, para ello elegimos bien a la directiva, a las comisiones y delegaciones que tienes competencias para actuar en la iglesia, en la justicia, en el deporte, en el agua y en todo lo que necesite la comunidad. Este ejemplo han seguido casi todas las comunidades de nuestros alrededores y también vienen de otras parroquias para pedir consejos y experiencias porque parecen que los cuatreros que abundaban aquí ahora se han ido a otras comunidades".

El látigo en los pueblos del mundo

Los latigazos o azotes no es un acto exclusivo de los pueblos andinos, tienen una historia paralela en otros lugares y es muy antigua, siempre fue una de las formas de castigar a los criminales, aplicados en casi todos los pueblos y que ha llegado hasta nuestros días, estas penas corporales que se aplicaban a los delincuentes poco a poco fue eliminándose hasta que el derecho positivo tipifica esta práctica ancestral como delito.

En **Egipto** se aplicaba a las mujeres adúlteras y prostitutas, así como a los encubridores de los delitos de homicidio.

Se dice que en **Roma** se llegó a "perfeccionarse" categorizando a ciudadanos, legionarios y esclavos. A los primeros con varas, a los segundos con palos y a los últimos con látigo. Con el nombre sui géneris de flagelación se le azotó a **Cristo**.

En el **fuero juzgo** se imponía a los delitos contra la honestidad un máximo de 300 azotes; mientras que en las partidas se imponía igual cantidad a los delitos contra la propiedad. En el medioevo se excluía a los nobles. En la **Novísima Recopilación** se insiste en los azotes para los delitos deshonestos en especial para los concubinos, alcahuetes y rufianes.

La costumbre en la antigüedad fue de hacer recorrer al criminal sobre un burro en la calle, mientras el verdugo iba azotando sobre la espalda desnuda. El castigo era público para que todos conocieran al reo y provoque vergüenza pública y arrepentimiento.

Las aflicciones y sentimientos de pena no se hicieron esperar, varios fueron las objeciones y por primera vez se derogó parcialmente la ley con la **Lex Porcia**, que exceptúo este castigo a los ciudadanos romanos, de esta ley

se benefició **San Pablo**.
En España con las **Cortes de Cádiz** liberó de esta práctica a conquistadores y conquistados, más en realidad solo se beneficiaron de esta legislación los españoles, asincrónicamente estos últimos azotaban a los rebeldes, rudos, indios porque *"la letra con sangre entra"*.

Homicidios e intentos de homicidios

No son frecuentes los homicidios en las comunidades, generalmente se presentan en circunstancias que los responsables se encuentran en estado etílico cuando sacan a relucir los resentimientos, rencillas y terminan *"vengándose"*. Así sucedió en el Carmen de Sinincay-Cuenca. **Manuel Sinchi**, actual dirigente comunitario cuenta: *"hace tiempo hubo un vecino del sector-Carmen de Sinincay-valido de tragos terminó quitando la vida a otro morador del sector, todavía era chishimanta (18h30) empezó la bulla, los perros aullaban, repicaban las campanas y el sacristán llamaba a los comuneros hasta la capilla. Acudimos a la plaza central de la comunidad y nos enteramos de la noticia. El culpable había sido detenido, no hizo resistencia, los dirigentes consultaron a la asamblea si debían entregar a la justicia de la ciudad o castigar en la comunidad, todos respondieron en la comunidad, seguidamente amarraron en una cruz que había frente a la plaza y a latigazos en piel desnuda con hojas de penco, que provoca siso (comezón) se hizo escarmiento para que nunca más cometa un crimen. El autor del delito reconoció su error, con lágrimas en los ojos pidió perdón a toda la comunidad en especial a los dolientes- familiares de la víctima-, dispuso sus pertenencias a favor de la viuda y se despidió de la comunidad sin saber hasta la fecha su paradero.*
Otro caso se registró en la comunidad Gualalcay-Azuay, según el presidente del Comité de Desarrollo Comunitario Gualalcay **Jorge Arévalo**, *"la migración origina muchos desequilibrios, la plata daña su habitual comportamiento, un migrante recién llegado de Estados Unidos llegó a la casa de un vecino y luego de reclamar sobre unas tierras vino la agresión y fruto del golpe que le propinó el migrante, cayó al suelo el comunero sobre una piedra y la muerte fue fulminante. El agresor huyó, mas la comunidad es organizada cerró todas las vías de acceso, y detuvo casi inmediatamente al malhechor, procedimos a juzgar conforme dispone nuestro Estatuto y reglamento interno, la comisión*

jurídica presentó un informe inculpando la responsabilidad de autor, la viuda acusó, los familiares del reo ejercieron la defensa en una audiencia comunitaria tratando de justificar el reclamo de tierras y la falta de intención del autor en matarlo sino que la hora llegó al finado. El caso fue muy difícil para la dirigencia comenta Arévalo, *tuvimos que someter a consulta de la asamblea la misma que tenía criterios divididos, unos pretendían entregar a la justicia (ordinaria) otros manifestaban castigar hasta dejar medio muerto y otros querían que se transe previo el pago de una indemnización económica a favor de la viuda. Propuse un receso para reunirnos solo el consejo directivo con los familiares del finado y luego de varias discusiones pusimos en consideración de la asamblea comunitaria la moción de castigar lo suficiente al reo y luego entregar a la policía para que siga el trámite legal, la comunidad aceptó, acto seguido le bañamos para sacar todo lo maligno que tenía el hombre, le fueteamos sin que participen los familiares del reo y peor de la viuda para evitar afectos o desafectos, seguidamente le hicimos una limpia para sacar todas las malas energías que este tenía y con los consejos de los mayores, el autor se arrepintió de verdad del hecho cometido, pidió perdón a todos los presentes e hizo escoger a la viuda un trozo de tierras o dinero en efectivo para que pueda mantener a los menores que quedaban huérfanos. La viuda prefirió el dinero; y al momento la policía llegó y se llevó al hombre, con lo que terminó el juzgamiento en la comunidad. A pocos días supimos que el malhechor salió de la cárcel e inmediatamente se regresó a los Estados Unidos donde tenía residencia.* Concluye el líder que Gualálcay al ser una comunidad grande que anhelan ser parroquia, cuenta con algunos sectores y opera plenamente la justicia indígena con total legitimidad, la misma que es reconocida por sus integrantes y tiene plena vigencia, debido básicamente a los buenos resultados, pues son económicos, rápidos y eficaces. Cuentan con la infraestructura educativa, cultural, deportiva hasta una celda para los detenidos que causan daños a la comunidad, arreglan problemas desde robo de gallinas, linderos, caminos, deudas, chismes, hasta casos penales.

En cuanto a los intentos de homicidios, pocos casos se registran en las comunidades, y son más las mujeres que los varones quienes pretenden quitarse la vida ingiriendo veneno para

ratas, ratones, insecticidas, etc. pero gracias a la rápida actuación de sus familiares se han salvado de la muerte. Las motivaciones para ingerir veneno es generalmente el despecho que sienten de sus cónyuges que les maltratan o que les hayan abandonado, que prefieren quitarse la vida antes de contar con sus padres que son el mejor consuelo y apoyo para superar estos conflictos.

En San Lucas-Loja a finales del año 1997, **Víctor Morocho**, dirigente nacional de la FONICIN cuenta que hubo un comunero cuyo comportamiento con la mujer, sus hijos y vecinos era muy cuestionable, valido de los tragos agredía frecuentemente, entonces *"el cabildo prohibió la venta de alcohol a todos los tenderos de la comunidad, las fiestas no podían pasar de las 12 de la noche y otras medidas para frenar peleas y la conflictividad. Pero a pesar de estas restricciones este mal comunero reiteró en agredir a la cónyuge, entonces el cabildo de San Lucas resolvió encerrar en el calabozo y al tercer día le encontraron ahorcado con su cinturón"* agrega el dirigente.

Correctivos

Tanto homicidios como sus intentos se corrigen con consejos de los mayores o líderes, además se azota con rampas de penco para que produzca aflicción y lo que es más duro para los culpables, a pesar que no duele físicamente, es el hecho que el responsable pida *"de corazón"* (con sinceridad) perdón a quien pretendió causar daño y generalmente lo que hace el responsable es abandonar la comunidad para siempre y dejar en tranquilidad a la comunidad. **José Manuel Contento** oriundo de Saraguro-Loja indica que en su comunidad un malhechor asesinó a un vecino por problemas de linderos, y antes que la comunidad y familiares del doliente reaccione esté huyó en la misma noche de la comunidad y había ordenado a su mujer que entregue un pedazo de tierras a la viuda para la manutención de los hijos del fallecido y también evite represalias contra la familia del autor del crimen. El dirigente agrega *"en las comunidades todos conocen que comunero que mata a un semejante no beberá más agua de aquí"*.

Otro caso similar sucedió en un recinto "La Libertad" de Santo Domingo de los Colorados, donde habitaba una familia muy prospera, muy querida y respetado por todos los vecinos; en un mal día tomado los tragos y por celos al terminar una fiesta **Roberto Cülcay** fue asesinado por Manuel Efraín tras un disparo certero que

traspasó el pulmón, hecho que provocó la reacción inmediata de los dolientes y toda la comunidad, el malhechor había alcanzado escapar, luego su familia también salió del lugar dejando todos los bienes raíces en manos de los familiares del fallecido para nunca más volver al recinto.

Agresiones físicas y peleas

Es innegable la presencia de discusiones que concluyen en agresiones físicas y el principal motivo que genera estos ilícitos es el alcohol que está enraizado en las comunidades. Dicen los comuneros *"con el alcohol nacimos y con el morimos"*, puesto que desde el nacimiento del niño se celebra con aguardiente y en el sepelio no falta el alcohol, ahora los mayores aconsejan que esta bien ingerir unos cuantos tragos lo malo es su exceso, pues, ingerido alcohol los comuneros pierden el sentido y su comportamiento se ve afectado, en ocasiones llegan a obrar *"lo que piensa de limpio actúa de borracho"*a veces por simples suposiciones que tal vecino es envidioso de mis quehaceres, que está hablando mal, que tiene envidia de sus pertenencias, etc. o lo que es peor los maridos se valen del alcohol para agredirles hasta fisicamente a su cónyuge, hijos, no respetan a su padres, tampoco a sus suegros, familiares, incluso a los dirigentes desafían y se atreven a agredir.

Correctivos

En estas circunstancias la corrección consiste en encerrar en un calabozo de la comunidad hasta que recupere su estado normal. luego le hacen comparecer ante los agredidos, exigen que pida disculpas, de haber lesiones es obligado a cubrir los gastos de curación y el líder comunitario aconseja no volver a cometer problemas; si la agresión ha sido grave se azota delante de la comunidad hasta *"sacar el dominio que lleva adentro"*.
Si la pelea es entre dos individuos de las mismas características, se acostumbra amarrarles con una soga entre sí con las manos en las espaldas para que no puedan agredirse hasta que les *"pase el trago"*, pidan disculpas a los dirigentes y a la comunidad por su mal comportamiento. El mayor castigo que reciben estos infractores es psicológico, al sentir la vergüenza cuando recobren su conciencia plena frente a sus hijos, cónyuge, familiares y comunidad. Esta medida es muy efectiva para frenar las peleas y disturbios, no solo como corrección al infractor, sino como medida ejemplarizadora a los jóvenes que even-

tualmente incurran en estos ilícitos.

Accidentes de tránsito

No son frecuentes estos ilícitos en las comunidades por la escasa circulación vehicular, a diferencia de la ciudad donde la afluencia del tránsito es notable, con vías en buen estado; en las comunidades pocos son los comuneros que cuentan con un vehículo, más bien los accidentes de tránsito se presentan por irresponsabilidad de conductores ajenos a la comunidad que conducen en estado etílico, imprimen gran velocidad en caminos vecinales sin tener precaución que hay comuneros y niños que transitan a pie diariamente, inclusive con sus animales que mudan de un pasto a otro.

Correctivos

Cuando se presentan estas infracciones la costumbre de las comunidades es detener al vehículo y conductor cerrando los controles que tiene rigurosamente construidos en puntos estratégicos, no precisamente para detener a los vehículos de que ocasionan accidentes de tránsito sino para aprehender a los delincuentes que roban sus vacunos, como medida preventiva de frenar el cuatrerismo. Detenido el autor del accidente es conducido hasta el centro poblado para ahí buscar arribar a un arreglo económico que cubra gastos de curación, hospitalización y tiempo de imposibilidad física de laborar el afectado. Si el accidente causó la muerte, la situación es más grave se analiza la causa que incidió en el accidente, se impone una indemnización que cubra todos los gastos de funeraria y un rubro que pueda ayudar a sostener la alimentación de los que quedan huérfanos, incluso se reprende al responsable hasta que se disculpe públicamente ante la comunidad y en especial a los familiares del fallecido.

Brujerías –hechicería

Existen muy buenos curanderos que diagnostican a la persona enferma, a través de la orina, limpia con huevos, cuyes, montes y otros objetos caseros dando con el mal que adolecen, para ello cumplen con una serie ritualidades, en determinados días de la semana, vistiéndose con prendas de colores fuertes en especial el rojo, arrojando a la calle o lugares más frecuentados plantas de olor fuerte y penetrante en forma de cruz. Estos conocimientos es fruto de una larga experiencia sintetizado en un

conocimiento ancestral, conocido como la medicina tradicional, recordamos que todos los elementos vivénciales están íntimamente relacionados entre sí, por ello la justicia, la espiritualidad y la medicina están prácticamente fusionadas, y quienes lo practican son personas escogidas, que han adquirido estos saberes debido a su cercanía con los mayores, son descendientes de los curanderos o se han preparado y ahora sus conocimientos están al servicio de la comunidad. Sin embargo, no todos los curanderos, shamanes o entendidos actúan con conocimientos de causa hay otro grupo de personas inescrupulosas que se hacen pasar por adivinos, brujos y lejos de ayudar a los vecinos, comuneros se aprovechan de la ingenuidad de la gente que en la desesperación de curarse en su salud o de la mala suerte en el hogar, en los quehaceres, sus animales, el amor, son utilizados, explotados y estafados. Estos "brujos" se inventan enfermedades inexistentes, fabrican creencias, ofrecen recuperar los robos, dar con el autor del delito, curar enfermedades malignas, hechicerías, aseguran vengarse del malhechor en definitiva ilusionan al recurrente que tiene problemas, curar, aliviar las dolencias, vengarse de las personas que les están causando los males por una cantidad de dinero que inicialmente es poco y conforme avanza el tiempo progresivamente va incrementando la extorsión. El brujo aparentemente encuentra la brujería en la orina del "enfermo" o pide que consiga un perro negro, cuy o conejo de color negro, preferentemente cachorros, lee cartas al estilo de las gitanas españolas, que deambulan de pueblo en pueblo leyendo la suerte, las respuestas son convincentes fruto de preguntas indirectas a los mismos clientes o a sus parientes con mucha habilidad y audacia, luego proporcionan brebajes prefabricados que tienen un sabor muy desagradable y generalmente no encuentran dolencias o enfermedades comunes, sino que aducen hallar casi siempre brujerías hechas por los vecinos, parientes y persona que supuestamente tienen interés en causar el mal o daño al prójimo, por envidia o resentimientos.

Una comunera de Cumbe-Cuenca, quien pide no identificarse, por vergüenza de lo ocurrido, cuenta que su hermana mayor ante una enfermedad que padecía por algunos meses, llevó donde una bruja cuyo "consultorio" se encontraba ubicada en una parroquia distante Zhidmad-Gualaceo, por recomendación de una vecina. Cuenta la comunera que la "bruja" tenía mucha clien-

tela, tuvo que esperar medio día para ser atendida, preguntó su historial, luego lo desnudó por completo, revisó la orina, leyó las cartas, aplicó unos alfileres sobre unas *"cartas extrañas, viejas y mantecosas"* y diagnosticó la brujería a la paciente, incluso indicó las características de la autora *"es una gorda, ojona, morena, alta, mal encarada"* y agregó que había hecho "el mal" por ser pretendiente de su marido, por tanto advirtió no dar aviso de esta noticia a su cónyuge, y concluyó con un "presagio" trágico que si no se curaba rápido y creía en la brujería la muerte estaba cerca, no pasaba de seis meses. Ante esta noticia aterradora puso empeño la paciente y sus hermanas, les proporcionó unos brebajes y exigió volver cada semana, hasta tanto gastaron dinero, tiempo, las semanas pasaron lentamente y la enfermedad aceleraba en la paciente y al no encontrar mejoría en su salud, acudió donde un ginecólogo, profesional que detectó una hemorragia uterina y la curación fue cuestión de una semana y definitiva ahora la paciente ha sumado 30 años más en su vida normal, incluso tuvo un nuevo descendiente superando con creces los seis meses que la bruja había vaticinado.

La creencia en la brujería a nivel comunitario es frecuente, hecho que es muy pernicioso contra el equilibrio social comunitario, en una de mis experiencias de mediador del **Centro de Mediación Abya Yala**, ocurrió un caso curioso. Corría el mes de julio de 2000, un comunero de Paccha-Azuay acudió a mi estudio jurídico a solicitar mis servicios profesionales como abogado, más no como mediador, para que le patrocine una causa legal por apertura de camino, en vista que el mismo hermano había procedido a cerrar sin su autorización el camino que tenía acceso a su predio que había adquirido con su hermano fruto de una partición hereditaria. Luego de haberle escuchado la situación del caso con detalles le sugerí intentar una mediación, toda vez que habían agotado varias instancias, una judicial –delimitación de linderos-, otra administrativa-municipal y ahora estaban ventilando ante el juzgado de caminos. por mucho tiempo y enormes gastos económicos. inicialmente no aceptó la sugerencia, no fue fácil, le insistí hasta que aceptó. motivado por una buena y confiable recomendación que le había hecho otro comunero. Invitamos a la otra parte, es decir a su hermano, acudió acompañado de un colega abogado y en una larga sesión de mediación se fueron precisando

algunos hechos como, es verdad que José le cerró el camino a su hermano Antonio, que a su vez permitía salir por la cabecera a la vía pública, porque éste último también le cerró por el pie el acceso al río, los acuerdos no parecían llegar por sus posiciones completamente cerrados de parte y parte, ahora aparentemente era muy fácil resolver sugiriendo què vuelvan a estado anterior, el uno tenga salida al río y el otro tenga acceso a la vía y el asunto era de elemental sentido común, más cuando son hermanos y son los únicos que tienen derecho a tal camino, pero ahí hubo algo que ocultaban las partes, imposibilitando el acuerdo; indagando un poco más a fondo José, sostuvo con mucha seguridad en lo que afirmaba: *"hasta más metros de camino te diera pero por brujo malhechor no cojeras ni un centímetro de camino"*, tales expresiones me quedaron grabados y la curiosidad fue mayor, introduciéndome más en el tema conseguí que José soltara el nudo que tenía en su garganta: *"pusiste la brujería frete a mi casa para matarme"*. Su hermano Antonio más sorprendido, desconcertado y confundido apenas pudo mover la cabeza y sin palabras, haciendo un gran esfuerzo dijo estas loco, es falso lo que dices, me acusas de algo injusto, es mentira lo que dices; inmediatamente José para demostrar que es verdad lo que afirma, de un maletín extrayó una botella y enseñando con completa seguridad increpó: *"dime que esto no mandaste a colocar frente a mi casa y cobardemente utilizaste a tu hijo para brujearme con esta botella"*, Antonio no salía del asombro, mientras su hermano seguía acusando de lo que parecía indiscutible. En ese momento recordé, mientras se desarrollaba la audiencia dos niños inquietos hacían bulla adentro y prefirieron sus padres mandarles a jugar afuera, entonces pedí ingresar al niño mayor que era resultaba también "acusado" y sin dar oportunidad a que les aconseje o indique el padre o la madre presentes lo que tenía que decir el infante, pregunté al niño: ¿conoces esta botella?, el niño contestó afirmativamente la respuesta provocó más tensión y expectativa, continué averiguando si fue su padre quien había entregado, y la respuesta fue negativa, entonces ¿fue tu madre?, tampoco, la atención fue total a la respuesta del niño, ¿si no te entregó ni tu padre ni madre quién te entregó la botella? pregunté. El niño con total espontaneidad empozó a contarnos la realidad de lo ocurrido, *"al regresar de la escuela con mis amigos vinimos jugando carnaval y para recoger*

el agua de la acequia encontré esa botella botada en la calle y así pude echarle agua a mis amigos, cuando nos separamos de mis compañeros arrojé la botella en el cerco –que se encontraba junto a la casa de su tío- porque ya no había a quien mojarles". Las expresiones del niño, en una mezcla de ingenuidad y firmeza dejó atónitos a todos, al instante José que acusaba cegada y con tanta vehemencia antes, se desplomó en ese instante en los brazos de su hermano Antonio, no pudo contener sus lagrimas y con palabras entrecortadas dijo: *"ñaño perdóname, perdóname por todo lo dicho y hecho es mi culpa, perdóname..."* el regocijo fue grande para todos los presentes incluido el mediador que alcanzamos el objetivo. Se abrieron los caminos tanto de acceso a la vía principal como al río, retornó la calma y ante todo la amistad de hermanos que había alejado tanto *in extremus* que parecía irreconciliable arribar a acuerdo alguno por la supuesta brujería.

Correctivos

En la Edad Antigua, Media y Moderna las hogueras ardían con cuerpos humanos de supuestos hechiceros, no había tribunal de justicia, europeo-cristiano que no se vanaglorie de las sentencias condenatorias. **César Beccaria**, penalista italiano, cuenta que a una pequeña aldeana de Ginebra llamada **Micaela Chaudron**, se encontró con el diablo al salir de la ciudad, el diablo la dio un beso, recibió su misión, e imprimió sobre su labio superior y su seno derecho el sello que insensibiliza de dolor, tal como afirmaban con certeza absoluta los juristas y diabólogos del momento y llamaban señales satánicas. La supuesta misión había sido poseerlas a dos muchachas de la sociedad, quienes aducían sentir un comezón en determinadas partes del cuerpo, causa que originó investigar a **Micaela Chaudron**, los médicos introdujeron agujas largas para ver si sentía dolor y si salía sangre, hecho que fue normal lo que provocó más iras a los especialistas, tanto revisar el cuerpo encontraron un lunar en el muslo e introdujeron con la seguridad de ahora si conseguir el cutis insensible, mas tampoco consiguieron, hasta tanto las tormentas a Micaela provocaron desmayos y llevados por el dolor la acusada se adhirió a todo lo que se inculpaba; de esta manera se consumó el delito y como las costumbres empezaban a humanizarse luego, no fue quemada sino después de ser ahorcada. Este es uno de los miles de casos que se consumó en

manos de verdugos recubiertos el rostro por mandato de jueces y esbirros que los ingeniaban con las "bondades" de las leyes brindando un ejemplar espectáculo.

En las comunidades andinas cuando existen denuncias de aprovechamientos, estafas por parte de los llamados brujos, adivinos, hechiceros, las sanciones se imparten en función de las cuantías estafadas y el grado de astucia que imprimen los infractores, debiendo los estafadores comenzar devolviendo los dineros recibidos a los incautos, la autoridades despojan la seudo profesión que ha venido practicando ante toda la comunidad. Los brujos generalmente son de fuera de la comunidad, quienes prevalecidos de argucias, charlatanerías y mañas tratan de aparentar conocimientos, sabiduría por consiguiente se niegan inicialmente aceptar ser responsables del ilícito, incluso hacen gala de sus poderes ocultos insinuando venganza a los dirigentes; hecho que provoca la ira de la colectividad, llegando en determinadas circunstancias a situaciones extremadamente y delicadas donde la comunidad se ve forzada a investigar utilizando medios que son considerados fuertes como el látigo en cuerpo desnudo, la ortiga si son mujeres, el baño con agua fría en altas horas de la noche, como sucedió con las "brujas de Calhuasí"-Tungurahua en el año 1997 en presencia del cura párroco las autoridades azotaron a las estafadoras tal como se evidenció en las grabaciones de la televisión nacional, medidas extremas que sirven de escarmiento a fin de erradicar los delitos que los malhechores se aprovechan de la ingenuidad, angustia y desesperación de comuneros que buscan remediar sus dolencias, enfermedades y atrasos sufridos.

Iguanada

La "iguanada" es uno de los actos más temidos en determinadas comunidades por el *"efecto"* que produce en el *"responsable"* del ilícito. Este acto humano consiste en "golpear" –frotar- con el cuero de la iguana sobre el bien mueble o inmueble que dejó huella el delincuente al tocar el lugar u objeto que utilizó; por ejemplo en un robo de ganado se frota con el cuero de la iguana sobre la estaca de donde soltó el cuatrero la res para llevarse. El "iguanador" advierte que nadie llegue o toque el lugar donde se produjo el robo, acto seguido realiza algunos rituales misteriosos, reza el "padrenuestro" al revés, es decir comienza por el último y realiza otros actos que se reserva para sí. Finalmente dispone al perjudicado

tener fe en el acto para que llegue a obrar la venganza, advirtiendo que si no cree en el hecho o no tiene fe no llegará a obrar la iguanada; con lo que astutamente el iguanador queda liberado de la evidente estafa. El efecto de este acto es la aparición de manchas similares a la forma y color del cuero de la iguana en las manos de los ladrones, incluso tales manchas antiestéticas aparecen en la cara, lo que provoca miedo y terror a los comuneros toda vez que la curación, según los comuneros es extremadamente lenta, subsistiendo por muchos años la mancha, sin embargo el estigma es de por vida y afecta a la familia presente y futura.

Rabo de raposo

Hay la creencia generalizada en el campo que el raposo es brujo, son varias las razones que sustenta la tesis. El animal es muy ligero, difícil de cazar, la bala no penetra fácilmente tiende a resbalarse, es extremadamente arisco y no se deja acercarse, es capaz de morder cuando se enfrenta al individuo, tiene mucha astucia para engañar al campesino y hacer descuidar sus animales, principalmente las ovejas y aves de corral y algo completamente extraño, si el animal le miró primero al individuo, le deja completamente mudo, estafermo, así comentan más de una decena de campesinos que se quedaron completamente mudos recuperando su lenguaje normal luego de varios minutos, por ello los comuneros creen que el raposo es el perro y el venado la oveja de **Mama Huaca**.

De lo anotado se concluye que el raposo es un animal muy especial por la astucia y los daños, más perjuicios que ocasionan le consideran maldecido, a la vez cuando se logra cazarlo celebran el acto siendo muy preciado el cuero, las extremidades y ante todo su cola para quienes dicen saber de sus cualidades extraordinarias. Existe la creencia que la persona que tiene el "rabo de raposo" cuenta con poderes extraordinarios para alcanzar lo que otros individuos no pueden normalmente en los negocios, en los quehaceres, en las mujeres, etc. que todo les va bien, jamás tienen problemas y si tienen conflictos lo resuelven con facilidad, citan varios casos en Gullanzhapa Cuenca incluso los nombres de quienes poseyeron el acertijo. Sin embargo la suerte no es de todo el tiempo luego de la fama viene la desgracia, un comunero sin querer identificar cita un caso que se trataba de un gran negociante de ganado y adquiría a precios muy económicos las reses, *"tenía suerte"* y al momento de vender obtenía

ingentes ganancias, de la misma manera operaba con las tierras, las mujeres no faltaban cambiaba a cada rato y dinero tenía hasta para despilfarrarlo concluyen. Con el paso del tiempo toda la riqueza se vino abajo, los negocios no le salían, compraba tierras, vacunos, mas no podía vender y para no quedarse con las reses tenía que vender a precios muy por debajo del precio real, se quedó en la calle el hombre, anciano sin dinero, sin compañía, abandonado y hasta despreciado terminó su vida. Los poseedores del acertijo luego de las bondades que reciben solo cosechan adversidades, siempre terminan en la perdición agrega el comunero y se cumple el pensamiento popular *"todo lo mal llevado el diablo se lo lleva"*.

Antonio Cochancela, comunero de Santa Teresita – Tarqui –Azuay, cuenta que un vecino tuvo el "rabo de raposo" lo lleva muy secretamente y generalmente lo tiene sujetado bajo el brazo y para que obre el deseo toca y apunta al objeto con la punta de la cola y el efecto es instantáneo. Asimismo agrega el comunero que es muy complicado obtener la cola del animal no solo porque es difícil cazarlo, sino por la forma de extraer el mismo, indica que cuando fue muy pequeño –infante- ayudó a extraer el *"rabito"* no se trata solo de cortar, sino que el cazador, una vez que lo aprehende y antes que muera por completo el animal exprime ligeramente y con extremo cuidad, desde la punta de la nariz del animal un *"nudito"* que tiene dentro de la piel, recorre por la cabeza, luego la espalda, hasta llegar a la cola y ahí corta en un abrir y cerrar de ojos, luego recogió en un vaso la sangre del animal, ingirió, y la fama no se hizo esperar, fue afortunado para los negocios y la buena suerte le acompañaba a todas partes, aunque todo la abundancia y fama fue efímera porque pronto llegó la mala suerte murió y en la ruina.

La reciprocidad opera tanto para el bien como para mal, nada hay a cambio de nada, la riqueza, la "buena suerte" los buenos negocios de unos, implica la mala suerte, las calamidades, las quiebras de otros, la opulencia de pocos es la consecuencia de la miseria de la mayoría, y aquí en esta vida -nadie ha demostrado otra vida, cielo, infierno, purgatorio, limbo, más allá, ultratumba, ni ningún otro invento más - se paga pronto aquí y más temprano que tarde, en función de la siembra es la cosecha, nada es gratuito en la vida...

El Chisme

El chisme es uno de los problemas más frecuentes que se presentan en

las comunidades y con predominio entre las mujeres, ello no implica que también los varones sean generadores de este tipo de conflictos. En el mundo comunitario resulta "aceptable" que se produzca los chismes entre las mujeres y por la misma razón más se cuestiona a los varones que cometen estas infracciones. Los chismes surgen de simples conversaciones cotidianas entre familiares, compadres, vecinos complicándose cuando pasa de una versión a otra y estas son agregadas en determinados momentos, agravados en circunstancias en las que se toca el honor de las personas, desprestigiando o imputando la responsabilidad de un delito del que no ha participado directamente o lo que es peor jamás tuvo conocimiento.

Generalmente los chismes surgen de elucubraciones o suposiciones que son comentados, incluso en ocasiones resultan de simples bromas que se hacen en espacios públicos, siendo luego tergiversados, ampliados, recortados en fin distorsionados hasta fabricar *"verdades"* completamente irreales, llegando ha desencadenar más de un problema y finalizar en muchas ocasiones con agresiones verbales y físicas entre vecinos, parientes y todos quienes se encuentren enredados en este conflicto, muchas veces sin haber pronunciado *"media palabra"* sobre el tema de discusión, en otros casos cuentan los comuneros los malditos chismes provocan peleas en el hogar, separaciones conyugales, divisiones en la comunidad.

Correctivos

El objetivo es averiguar la fuente del chisme, es decir quien la originó y si existe sustento real en el contenido del comentario, su procedimiento se inicia con la convocatoria a las partes involucradas en el problema a un *"careo"*, en este espacio se inicia indagando su origen hasta encontrar las incoherencias de una de las partes que evidenciará su culpabilidad. Posteriormente el responsable del ilícito no puede ocultar su arrepentimiento y la mejor forma de alivianar su culpa es disculparse ante el ofendido y si la culpa es grave tiene que hacer ante el cabildo o la asamblea general, de lo cual queda anotado en una acta de la comunidad que sirve como antecedentes de presentarse una reincidencia. El infractor es aconsejado de su mal proceder por parte de los padres y abuelos de haberlos, si la culpa desencadenó otros y graves conflictos, el infractor firma un acta en la que asume las responsabilidades, incluso económicas

de haberlos ocasionado. Ahora la sanción más fuerte que los comuneros imparten a la responsable del chisme es la indiferencia, más por el temor que pueda llevar a distorsionar la conversa, por la forma de correctivo a fin de que se de cuenta la soledad que siente viviendo en comunidad hasta que se rehabilite por completo y demuestre progresivamente el cambio de comportamiento y se gane la confianza de los comuneros.

Conviene anotar que no siempre los comentarios realizados –chismes- se encuentran alejados de la realidad, a veces resultan ser ciertos, sin embargo por más aciertos que estos tengan se aconseja no divulgar a cualquier persona sino a los padres, abuelos, mayores o dirigentes de la comunidad a fin de que sean estos quienes tomen los correctivos necesarios. Se recomienda este mecanismo para evitar publicidad de un acto que por más cierto que este sea debe ser corregido a tiempo; y, peor de un acto que resulta no ser cierto y hasta tanto las consecuencias ocasionadas, a veces insalvables en la comunidad o el simple daño irreparable a la honra y dignidad de los comuneros.

Pandillas juveniles

La invasión de la ciudad al campo con la *"civilización"* a través de los medios audiovisuales trasmiten principalmente escenas de agresión, violencia, imágenes que son captados fundamentalmente por niños y jóvenes. Luego se juntan los jóvenes de la misma comunidad, posteriormente con semejantes de otras comunidades vecinas, las reuniones inicialmente son los fines de semana, posteriormente entre semana en horas de la noche comienzan consumiendo cigarrillos, luego consumen alcohol y los escándalos no se hacen esperar, llegando en ocasiones a delinquir causando daños a la propiedad, insultan a los vecinos de los centros poblados, agraden a los transeúntes, no respetan a mujeres, padres ni mayores, transformándose radicalmente los jóvenes de solidarios en egoístas, de prudentes en alterados, de pacíficos en violentos. Dicen los dirigentes *"la juventud de antes fue respetuosos con los mayores, saludadores, comedidos, ágiles en los trabajos, ahora se reúnen en pandillas y ya no conocen, no participan en reuniones, peor en las mingas, no les gusta nuestras costumbres, se visten diferente a nosotros, hacen unos cortes de pelo espantosos, desprecian nuestra música, nuestra cultura, ya no ayudan en la casa, sino se pasa en la calle y más bien ellos quieren mandar"*.

Estos son los testimonios de líderes de las comunidades que a veces con resignación ven en algunos casos como se les ha ido de la mano su control. No hay padres que reprendan, la migración les ha arrastrado y estos jóvenes con plata quieren hacer los que les plazca y lo que es peor ofenden a integrantes de la comunidad. Ventajosamente esto no es la norma, puesto que hay líderes más dispuestos a reivindicar la armonía de la comunidad encargándose de enderezar su camino, así sostiene Miguel Quezada, líder comunitario de Sidcay y ex presidente del sistema comunitario de agua de la misma parroquia: *"Lo que los padres no han podido con estos jovencitos, porque no hubo quien les reprenda desde chicos o porque están lejos de sus hijos la comunidad les salva de la perdición"*.

Alberto María Lema, dirigente de Parcoloma_Azuay cuenta que en su comunidad surgió una pandilla que integraban muchachos de las parroquias Sidcay, Octavio Cordero y Checa, denominados *"los vengadores"*, esta pandilla hizo costumbre todos los fines de semana ocasionar peleas callejeras, agresiones con arma blanca, daños a la propiedad especialmente destrucción de los vidrios de los automotores que por ahí circulaban y robos de electrodomésticos y dinero de viviendas de comunidades aledañas, las mujeres temían caminar solas por estos sectores, incluso apareció un cierto día un comunero asesinado a cuchilladas, hasta que tuvimos que tomar medidas represivas para frenar estos ilícitos, *"la comunidad se organizó en brigadas de seguridad para vigilar en la noche a los delincuentes y precautelar nuestras cositas de la casa. Apenas supieron los pandilleros de nuestra organización ya no aparecieron, solo una ocasión volvieron, era un viernes a la media noche pasaron dos jóvenes por la calle ingeridos licor gritando contra algunos vecinos, le capturamos y a garrotes les aviamos y desde esa ocasión, que es más de un año no han vuelto a nuestro pueblo, fue santo remedio la garrotiza que les dimos"*.

Correctivos

Generalmente los pandilleros actúan ingeridos alcohol, en estas circunstancias si no es "*chinchoso*" –conflictivo, alterado- es conduciendo a la casa, para luego que recuperar su normalidad ser reprendido por sus padres. Ahora si es problemático se encierra en la celda de la comunidad, hasta que recupere su conciencia y voluntad, ya *"limpio y sano*"

cuando está en su normalidad es conducido ante el cabildo o asamblea comunal, dependiendo su grado de conflictividad a fin de juzgar. Ahí todos los ofendidos o quienes hayan presenciado las infracciones cometidos por los pandilleros dan testimonio y piden que responda por su actos, una vez concluido el juzgamiento se reprende con un látigo y se levanta una acta en la que suscribe el responsable un compromiso ante la asamblea de volver a ser un buen comunero y compensar por los daños ocasionados con la firma de sus padres o parientes como garantes. Si el responsable de la infracción incumple con su compromiso la sanción va aumentando hasta enderezar definitivamente.

Siendo los jóvenes ya grandecitos y resabidos cuesta mucho a la comunidad enderezarlos comenta **José Quiridumbay**, oriundo de Surampalti-Cañar, se vuelven *"curtidos los muchachos a los taitas ya no hacen caso, pero es culpa de ellos mismos por mimarles y no reprender a tiempo"* entonces son los directivos quienes resuelven estos conflictos con látigo, disciplina laboral y concejos, todo los días los mayores y los fines de semana los dirigentes orientan sobre preceptos de sus abuelos, el daño que provocan a la familia, a los vecinos, la razón de vivir, el servicio a la comunidad, el ejemplo que los líderes recuerdan cuando éstos también fueron muchachos y otros jóvenes de su misma edad constituyen el referente infaltable. Una vez que el joven se ha recuperado totalmente de su mal camino se acostumbra hacer una *"gran fiesta"*, invitando a los vecinos, familiares y la dirigencia de la comunidad, incluso luego son designados animadores, catequistas, lideres de la comunidad, cuando quieren cambiar y con una buena orientación se ha conseguido salvar a muchos jóvenes de la perdición destaca Quiridumbay.

Estafas

Siempre hay malos ciudadanos que se aprovechan de la ingenuidad de sus congéneres, generalmente son extraños a la comunidad que visitan a los comuneros para efectuar transacciones. Venden productos de mala calidad, a precios exagerados a pretexto que se brinda facilidades de pago -a crédito-, posteriormente toman de facto las pertenencias de los comuneros que generalmente son animales, tierras y más bienes de valor por las obligaciones nada transparentes asumidas.

También las estafas se presentan entre comuneros influenciados por

gente de fuera, aprovechándose de personas sencillas y solas que carecen de familiares cercanos, a veces son comuneros bien mayorcitos, disminuidos de conciencia y voluntad son utilizados por inescrupulosos que *"sonsacan"* sus pertenencias principalmente las tierras a su nombre con engaños, ofrecimientos en atenderles, protegerles, ayudarles en el cuidado de animales domésticos o cultivar las tierras, terminan adueñándose de predios con la firma del propietario que lo hace sin saber las consecuencias. En muchos casos pretendiendo enajenar un retazo de tierras terminan enajenando el cuerpo entero o todos los derechos y acciones, *"quedando en la calle"* los mayores. En ocasiones comuneros inescrupulosos venden animales enfermos que están con la peste, como buenos y sanos, a los ancianos, que a más de ser un mal producto es dañino por el contagio que causan a otras gallinas, chanchos, cuyes y más animales menores.

Situación parecida sucede con ventas de tierras, que luego de muchos años el antiguo dueño se arrepiente de la venta, recibe el predio sin devolver el dinero del comprador, por el error de haber confiado en la palabra del comunero que antes su palabra era más o mejor que la ley, los tiempos han cambiado dice José Antonio Tenecota de Quingeo-Azuay y acepta con resignación la actual realidad *"el mayor rogando me vendió un solar de tierras, a los cinco años murió y a los diez me quietaron los hijos por nó tener escritura pública, el abogado quiso que vuelva a pagarle o sino que desaloje el terreno para no tener problemas salí"* concluye el comunero apenado por sus tierras donde había mejorado el terreno, cercado y sembrado plantas. Antes la palabra era respetada hoy lastimosamente se ha devaluado influenciada directamente por la cultura mercantilista de occidente.

Correctivos

El correctivo adopta la dirigencia comunal, previa solicitud verbal del perjudicado, averigua la situación real del conflicto, de comprobarse la infracción obliga al responsable la devolución inmediata de lo que no fue suyo a favor del ofendido, incluido los gastos que ha ocasionado este acto. Vgr. si contagió con la peste que tenía la res a los demás vacunos, el estafador tiene la obligación de devolver no solo el valor del animal enfermo sino de los que murieron como consecuencia de este negocio fraudulento. Asimismo el *"sonsacador"* de tierras tiene la obli-

gación de devolver el inmueble más sus frutos y mejoras que haya realizado sobre el bien.

Como correctivo la dirigencia dispone ortigar en las manos *"mañosas"* para que no vuelvan obrar de esta manera, se aconseja, se hace una limpia para extraer todas las malas energías, malos pensamientos y malas acciones que estos poseen y devolver a la comunidad a un comunero transformado *"chuyo shunguita"* – corazón limpio y sano. Si la estafa es mayor el correctivo es mayor, con látigo en la plaza central se extirpa el mal que ha cundido en el corazón del estafador.

Abusos sexuales

Las actividades propias del campo como la chacarería, labores de labranza, cultivos, pastoreo y cuidado de animales son quehaceres cotidianos que identifican a los campesinos y generalmente estas labores se realizan en zonas despobladas lo que ayuda a cometer ilícitos sexuales. Varias han sido las mujeres violadas, que con profundo sentimiento de desengaño de los hombres narran sus historias trágicas ocurridas a veces en edades muy tempranas, en las que sobresalen el engaño, ofrecimientos, juegos y falsas promesas de matrimonio, terminan consumiendo el abuso sexual y lo que es peor en determinados casos a niñas que han quedado embarazadas fruto de violaciones. Los lugares escogidos por los infractores son los montes, chacras, cultivos, chozas o cualquier escondite natural; fruto de estos actos irreparables nacen criaturas que a veces por la falta de recursos económicos de sus madres regalan a los patrones o personas que tienen mejores ingresos económicos para su manutención. A estos niños se les conoce con el nombre de wiñachishcas, por criarse con un padre no natural, pero que asimilan una forma sui géneris de integrantes de familia, ubicados en una posición intermedia entre hijos reales y sirvientes domésticos.

Correctivos

Para conocer la veracidad de la acusación que hacen generalmente los padres de la hija abusada sexualmente y al no quedar pruebas del autor del ilícito, el dirigente o cabildo reunido en pleno convocan a un careo, etapa donde se investiga los antecedentes del supuesto inculpado, así como de la mujer abusada, también de los antecedentes de los parientes y conforme avanza la investigación van surgiendo elementos que conducen al fin de la investigación. Valoran el estado

de ánimo de los careados, el nerviosismo es evidente en sus gestos, tartamudez e incoherencias en sus expresiones, hasta que pese haber inicialmente negado el responsable termina aceptando su autoría. Sin embargo esto no siempre sucede, en otros casos pese a responsabilidad evidente del autor se niegan aceptar fácilmente el ilícito cometido, siendo necesarios los latigazos en la plaza pública y aún así se resisten aceptar el error cometido, más cuando los parientes del autor presencian el juzgamiento y pretenden defender, liberarle de culpa por la supuesta deshonra que les afecta, lo que hace que el culpable, a pesar que en su fuero interno late la responsabilidad del ilícito, se siente presionado en doble sentido: la responsabilidad que tiene con la comunidad, así como con su cónyuge y parientes cercanos.

En circunstancias que el inculpado no mismo acepta su responsabilidad se suspende el juzgamiento hasta que nazca la criatura. Una vez que nace el wawa se reinicia el juzgamiento y se prioriza un examen comparativo del niño con el padre que se presume, así como la reacción que siente si es padre real del menor. María Rosa Condo, líder indígena de Turupamba- Cañar afirma con una seguridad infalible: "*es fácil saber quién es el papá del wawa no necesitamos jueces ni especialistas se compara los ojos, las cejas, el pelo, la nariz, los gestos si la misma sangre llama. Si a pesar de las pruebas niegan, hay que fuetarles, amenazarles con cortarles los testículos a estos arronjones, no para que declaren ser los autores sino para que no vuelvan a dañar a las chicas*" concluye.

En los casos que el autor reconoce el ilícito a más de aconsejar el grave error causado, el responsable tiene la obligación de reconocer al niño o niña. Si los progenitores son solteros deben casarse, caso contrario el padre asume la responsabilidad de brindar las obligaciones económicas para los requerimientos del parto y satisfacer las necesidades del hijo. Ahora como en algunos casos no cumplen este compromiso asumido se exige que entregue un pedazo de tierras o reses para con el fruto de estos bienes pueda solventar la manutención del menor. Además no se escapa del correctivo necesario los fuetazos vienen de sus progenitores, de no tenerlos, son los parientes más cercanos o dirigentes de la comunidad quienes reprenden al infractor por haber generado un desequilibrio en la comunidad. Una sanción adicional recibe el infractor, en especial de

las mujeres, la desconfianza, recelo e indiferencia, en consecuencia será muy difícil que pueda conseguir contraer matrimonio con una comunera de la misma comunidad.

En otros casos los autores de violaciones apenas saben que se hizo público el ilícito, huyen de su pueblo para evadir el juzgamiento, escarmientos y desaires que impone la comunidad. En estos casos asumen la responsabilidad de ayudar la manutención de los infantes los abuelos, quienes generalmente se convierten en padrinos, siendo costumbre cuando los niños son hacendosos, cariñosos y respetuosos, donarles en vida una parcela de tierras, así como animales domésticos para que desde pequeñitos empiecen a criarlos y cuando sean jóvenes tengan recursos para no padecer necesidades.

Conviene anotar lo que pasaba hasta mediados del siglo XX en comunidades con predominio del sistema hacendario donde fue normal y aceptado el *"derecho de pernada"*, que no era otra cosa que la facultad que tenía el cura, o el patrón de utilizar la primera noche a la novia, como símbolo de *"bendición"* del cura al nuevo matrimonio o generar *"suerte"* por parte del patrón, así como *"enseñar"* a cortejar a la novata. Cuentan los mayores que fue una práctica *"aceptada"* a regañadientes claro, y no se denunció ni combatió esta inmoralidad e irrespeto a la especie humana por el temor y ante todo por no desacreditar el pudor de la mujer cónyuge.

Justicia Política

Impugnación de autoridades comunales

La función o cargo directivo genera poder, aunque imponga sacrificios, mayor dedicación cuando se ejerce con responsabilidad lo que vuelve es apetecido en todas las esferas de la actividad pública y la comunidad no es la excepción, ello hace que en ocasiones la dirigencia se compita, se aspire hasta se ambicione por un interés no tan legítimo como cuando es meramente personal. Esta circunstancia genera conflictos de poder, más cuando se abusa del mismo, prevaleciendo el autoritarismo, la verticalidad que obviamente va crear más de una resistencia legítima lo que también provoca un desequilibrio en la comunidad. Son estas las fuentes más importantes que desestabilizan una organización comunitaria provocando en determinadas circunstancias graves consecuen-

cias como el fraccionamiento de una comunidad cuando se desgrana un grupo de la comunidad y surge la secesión de un mismo pueblo. Estos conflictos se expresan a través de interpretaciones al Estatuto, reglamento interno, se crean artificios legales o simplemente no se aplica la disposición estatutaria o se aplica acomodando a su interés, así por ejemplo hay funciones prorrogadas de dirigentes, no se convoca a nuevas elecciones para el cambio de la directiva, no se da cuentas de la administración y recursos de la comunidad o desde las bases se impugna la validez de la elección, no se acepta la derrota en las elecciones o se niegan a colaborar y contribuir con las cuotas y más obligaciones que tienen los comuneros con el desarrollo comunitario.

Correctivos

No es fácil la solución de estos conflictos, a veces las partes aparecen inflexibles y no ceden posiciones. Desde la posición que se encuentren interpretan a su conveniencia el conflicto, más cuando se mezclan otros temas completamente complejos como la religión, la actividad político partidista, los conflictos de vecindad, todo ello se acumula y luego de prolongadas discusiones la directiva o el cabildo en su lugar, someten a votación una u otra moción siendo la asamblea quien resuelve por mayoría a favor de una determinada tesis, más el grupo de minoría si no le favorece la decisión comunal no acepta, no acata, volviendo a veces inviable su ejecución. En estas circunstancias el consejo de administración o de gobierno sube la impugnación del sector inconforme a la organización de segundo grado, ya sea cantonal, provincial, y en determinados momentos el caso llega hasta la instancia nacional, si la organización comunitaria está afiliada a la misma, con la finalidad de agotar todas las instancias de juzgamiento, fallo que generalmente es aceptado por las partes cuando hay agilidad y responsabilidad de los dirigentes de las organizaciones superiores. También hay casos que la dirigencia nacional preocupada en otros temas nacionales no brinda la importancia que significa para una comunidad este conflicto, descuidando, demorando y hasta parcializando a un determinado grupo, lo que causa malestar y decepción de las organizaciones de base; por ello cuando surgen estos conflictos en la generalidad resuelven parlamentariamente por la vía de la votación, si la mayoría de los asambleístas se inclina por una tesis, pues esa será la que

prevalezca y cumpla, ahora si el grupo minoritario no acata se sanciona al cabecilla del grupo inconforme llamando la atención, luego con sanciones económicas, hasta terminar con la exclusión de la organización comunitaria. El comunero excluido pierde el derecho a participar en las decisiones de la comunidad, no tiene derecho a voz ni voto en las deliberaciones de la asamblea, no puede ser directivo, tampoco puede presentar propuestas, iniciativas, ni reclamos de los servicios.

Resoluciones administrativas

Las decisiones del gobierno comunitario, también conocidas como administrativas vienen exclusivamente de quienes ejercen la directiva -cabildo o consejo de gobierno- tienen que ver con toda actividad política, es decir el servicio que brinda la comunidad a sus integrantes. Entonces va desde la asistencia a una asamblea general, la minga para la construcción de casa comunal, capilla, escuela, limpieza de cuentas, rehabilitación de canales de riego, mingas de reparaciones del servicio de agua potable, hasta la observancia de conservar los chaparros y montes como garantía de conservación de la especia humana y reverencia de los comuneros ante la Pachamama.

Para acceder a los servicios sociales y tener derecho a ser atendidos por la administración comunal, también deben cumplir las resoluciones de la comunidad. Es necesario destacar que los comuneros generalmente cumplen sus obligaciones no por presión, o por miedo a una sanción –multa- sino por fidelidad al principio milenario de la minga que se sintetiza en *"dar para recibir"*, entonces este principio filosófico se expresa también en una cultura jurídica ancestral que no necesariamente radica en la imposición de sanciones para su cumplimiento, sino que éticamente se siente obligado a ayudar libre y voluntariamente a su "hermano" que es el vecino, comunero que necesita hoy de su contingente, sin esperar recompensas pese a que mañana será realmente compensado con creces. Así se expresa la minga andina con matices particulares en algunos pueblos, por ejemplo el *"tequio"* en México, el *"randi"en el Perú*; el *"ñanda maqui"* en la atún Cañar o lo que se conoce en la actualidad como la *"ayuda mano"*, siendo muy común escuchar en la serranía ecuatoriana la expresión: *"da una manito"*, también sintetizada en la expresión *"con la una –mano- se da y con la otra se recibe"*.

Esta costumbre generalmente aceptada por la comunidad, tiene resistencia en determinadas personas que influenciadas por la occidentalización de la cultura – jóvenes en particular- infringen este principio, generando conflictos que imperativamente las autoridades comunales tienen que tomar los correctivos para mantener el orden, el equilibrio de sus integrantes. Las autoridades comunales sostienen que la justicia es para todos por igual, no hay privilegios para nadie, todos cumplen las decisiones y si alguien infringe hay que corregir a tiempo antes que la enfermedad social se propague. Los ejemplos de organización comunitaria son varios y de no haber tomado medidas a tiempo la unidad se desgrana con enorme facilidad la laborar constante y de mucho tiempo. La organización comunitaria es igual que el cuidado de una planta o la vida del ser humano; el cultivo de valores éticos de toda una vida se puede perderlos en un instante, años de prudencia se borra en un segundo, allí radica la sabiduría de la Madre Gea que nos enseñar a ser íntegros y constantes no un cierto tiempo sino toda la vida.

Correctivos

Las decisiones de la asamblea general y del consejo directivo y determinadas resoluciones lesionan derechos e intereses de los comuneros, siendo el caso así y previo las reclamaciones de los que se sienten afectados la asamblea general corrigen estos errores administrativos o en algunos casos también abusos que se presentan.

Si la infracción proviene del comunero que no observa el sistema jurídico indígena, es decir todas las normas consuetudinarias expresadas en estatutos, reglamentos internos o principios, mandatos ancestrales y resoluciones de la asamblea vienen las sanciones que van desde las llamadas de atención pública en la asamblea por la directiva, la obligación de igualarse en las mingas, cuotas, en general *"estar al día"* con todas las obligaciones económicas, laborales y administrativas que tiene con la comunidad. Si estos llamados de atención son inobservados prosiguen las multas, para ello se diferencia la inasistencia a una reunión o minga. De tratarse de mingas se cuantifica los días trabajados, tiempo empleado, tipo de trabajo, hay unos que son actividades livianas y otras muy esforzadas como apertura de canales, traslado de materiales a los cerros para construcciones de captaciones, conducciones de agua, canales de riego, etc.

Asimismo se considera el lugar de la minga, uno es el valor de una minga en el centro de la comunidad y otro en los cerros.

El comunero que ha infringido puede pagar la multa en dinero, en especie –materiales- o en trabajo, el consejo directivo brinda las facilidades al comunero multado. Si a pesar de todas las facilidades brindadas no cumple con sus obligaciones se le suspende sus derechos por un tiempo determinado generalmente tres meses y en persistir de sus deberes comunitarios, el consejo directivo pide el pronunciamiento a la asamblea para su exclusión, la misma que puede resolver hasta con la expulsión del infractor de la organización comunitaria, además publicita de esta responsabilidad a otras organizaciones comunitarias a fin de de prevenir a sus dirigentes o al menos condicionar su ingreso.

Mingueros del Proyecto Nero construyen utopía

Uno de los sectores que más poder genera es el agua, evidentemente que requiere de gran esfuerzo y sacrificio, a veces el dirigente participa con bienes y personas, sin contar con el tiempo que se emplea en reuniones con dirigentes y usuarios, mingas en labores de construcción del proyecto, gestiones ante entidades públicas en busca de presupuestos o apoyos institucionales. **Honorio Monge**, primer presidente del Sistema Comunitario Autónomo de Agua Potable Proyecto Nero – organización comunitaria de administración de agua potable más importante del Ecuador, cuenta con más de 5.300 familias, agrupadas en 46 comunidades de 6 parroquias rurales y urbanas de Cuenca- el dirigente cuenta que en al año 1983 liderados por el padre **Marco Martínez** un grupo de comuneros se reunieron para resolver el problema de la escasez del agua en la parroquia Turi-Cuenca, luego de recibir noticias sobre fuentes de agua que han visto aflorar *"conformamos comisiones y salimos en busca del preciado recurso. Una fue hacia el Oriente -parroquias el Valle y Quingeo- la otra hacia el sur –Tarqui-, y la tercera comisión se dirigió hacia el suroccidente –Baños-, las dos primeras volvieron completamente desalentadas y la tercera comisión se tardó demasiado en regresar hasta nos preocupamos que habría pasado empero trajo la buena noticia de haber encontrado el agua"*. El entusiasmo de haber encontrado el agua pronto se desvaneció cuando contabilizaron 40 kilómetros la distancia que separaba entre las vertientes y la parroquia Turi. Sin

embargo la porfía de los comuneros fue indomable como el puma cañari, fiambres sobre las espaldas de las mujeres, picos y palas en hombros de varones iniciaron la travesía, construyendo chaquiñanes para luego abrir la zanja para la conducción, arribaron a las faldas del Yanasacha, el desafió cada día fue más duro; el cansancio, la distancia, los soles infernales del medio día y el viento de la tarde y noche cortaba los rostros de los mingueros y prendía las articulaciones; sudor y lágrimas derramaron, hasta perdieron la vida de un comunero que fue sepultado por un derrumbe de tierra, pero nada ni nadie los detenían la sed por el agua pudo más que las adversidades. Muchas semanas tuvo que pasar hasta que llegaron a las vertientes del Ñucturrrumi, Gulag, Pumamaquihuaycu y otras, el sueño lejano que se perdía en el tiempo empezó a despertar, el proyecto como una criatura recién nacida dio sus primeros pasos con caídas y levantadas hasta empezar a caminar.

La construcción del Proyecto Nero fue extremadamente duro en tono entremezclado de cansancio y satisfacción indica **Humberto Barros**, segundo presidente de la organización comunitaria, talvez el más sacrificado, en sus 13 años de dirección le tocó enfrentar los trabajos más duros, *"para los dirigentes no había descanso, los días ordinarios laborábamos a medio tiempo para nuestros hijos y la diferencia para el Proyecto Nero, los viernes y sábados las mingas no faltaban, los domingos reuniones, asambleas de planificación"*. Agrega el dirigente que al inicio ninguna autoridad creía en el proyecto por ello tampoco ofrecían apoyos institucionales *"las autoridades no quisieron apoyar, porque no creyeron en los comuneros, pero conforme avanzaba las obras iban metiendo el hombro hasta que al último la empresa ETAPA quiso adueñarse de nuestro Proyecto, nos dividió con un sector de comunidades autodenominadas ASOBEV, Asociación de Barrios del Valle, nos hizo enfrentarnos. En una ocasión se produjo una balacera, la policía intervino para dispersar, no había autoridad que pueda resolver, el alcalde y más autoridades civiles se parcializaron a ETAPA y sus seguidores, no entendieron el problema, el obispo se acobardó, se lavó las manos, la justicia de la ciudad jamás asomó"*.

El problema surgió cuando el agua estuvo en los domicilios de los mingueros, muchos vecinos pretendieron acceder al agua sin participar en las mingas *"con manos limpias y sin haber doblado el hombro"* tampoco aceptaban

abonar los valores que se cuantificaron en el proyecto, optaron por lo más fácil solicitar a la empresa municipal ETAPA – que participó con técnicos en la construcción- se les instale una domiciliaria de agua gratuitamente, luego se negaban a participar en las mingas y para contrarrestar las exigencias justas y legítimas que hacían directivos del Proyecto Nero formaron una organización de administración del agua paralela, avalizado por ETAPA y el municipio de Cuenca. Para rematar la tragedia que soportaba la organización comunitaria, muy golpeada por la división generada, incluso indiferencia y desconfianza de algunos comuneros, un sifón de alta presión reventó y al decir de los técnicos de ETAPA, el fin había llegado a la organización más grande del Ecuador. Contra todo vaticinio apocalíptico de los "técnicos", más pudo la porfía de los comuneros y como el ave fénix de la indiferencia, división, conformismo, resurgió el compromiso comunal, la participación activa, la unión comunitaria.

El ideólogo del sistema de agua comunitario fue el padre Marco Martínez, quién ejerció un liderazgo indiscutible para convocar, unir, reagrupar a los mingueros desde dentro y proyectar hacia fuera, incluso planificó estrategias para conseguir financiamiento, aprovechó las coyuntura política para obtener el apoyo a los mingueros del proyecto *"El Proyecto Nero requería de fuertes inversiones, entonces invitamos al Dr. Borja y en una concentración gigantesca le nombramos como el minguero número 3001 y vaya que dio resultado nos apoyó con recursos para continuar con nuestro sueño"* el líder religioso encontró enormes satisfacciones, fue declarado el minguero número uno y la planta de tratamiento de agua potable lleva su nombre, sin embargo también encontró resistencia, incomprensiones de ciudadanos que discrepaban con su forma de actuar *"No siempre nos comprende la gente, unos critican otros alaban, sabía a que me metí, pero las satisfacciones son mayores, sobre todo al ver nuevos diri-gentes que lideran este proceso sin mayores dificultades"*, sin duda la siembra del párroco cayó en tierra fértil, así demuestra sus frutos.

Los problemas en la administración del Proyecto Nero son de variada índole, van desde multas por inasistencia y atrasos a reuniones, mingas, asambleas y otras que la asamblea así lo resuelva, pasando por suspensión del servicio al usuario que se encuentre en mora por más de tres meses o mantenga instalaciones

clandestinas, hasta suspensión de servicios y multas por injuriar a los directivos o haber incurrido en acciones divisionistas. Para regular las infracciones se elaboró inicialmente un estatuto y posteriormente un reglamento interno, para ello se conformó comisiones y posteriormente éstas fueron socializadas al interior de todos los usuarios a través de sus representantes – de las 46 comunidades- fue de ida y vuelta hasta aprobar en varias sesiones de asamblea general, para posteriormente solicitar su legalización al Consejo Nacional de Recursos Hídricos; ahora en la práctica las reuniones para legislar la actividad comunal del Proyecto Nero fueron múltiples hasta consensuar ante una activa y efectiva participación de los representantes, hecho que puedo testificar, tuve la oportunidad de coordinador todo el proceso tanto en la construcción del estatuto como el reglamento más que asesor jurídico en calidad de compañero del sistema comunitario, incluso en calidad de mediador en temas álgidos que llevó a la reincorporación de comunidades que habían separado de la organización.

Si bien los trabajos de construcción del proyecto fueron duros, sacrificados como coinciden todos los directivos, al siguiente presidente del sistema comunitario de agua, **Amable Arévalo** le tocó estabilizar la parte administrativa, ello no significa que la parte física haya concluido, la magnitud del proyecto lleva a una constante construcción y no me refiero a la parte física que reitero requiere realizar mejoras, ampliaciones y reparaciones, sino también y fundamentalmente al factor humano, social, administrativo que es una labor interminable y perfectible, así sostiene Arévalo: *"Parecía que a nuestra organización ya no hacía falta nada, como teníamos agua, pero no, la población no paraba de crecer, la solicitud de derechos era interminable, la atención había que mejorar, andábamos reuniéndonos de un lado a otro, entonces planificamos las mejoras del proyecto, tuvimos un reglamento completamente obsoleto, entonces comenzamos actualizando todo, compramos dos vehículos para la cuadrilla que brinde mejor servicio a nuestros compañeros, adquirimos un terreno en la ciudad de Cuenca para construir las oficinas de administración central, y en lo organizativo tuvimos que aceptar el reingreso de ocho comunidades que habían abandonado el proyecto para agruparse en Asobev, hecho que fue muy difícil y luego de un proceso largo y consulta con la asamblea se llegó a un acuerdo*

por el riesgo que teníamos que nuevamente puedan reactivar la división interna de la organización". El dirigente campesino resultó electo por primera vez en una lid electoral mediante votación universal, secreta y directa entre tres listas bajo reglas aprobadas por la asamblea general sintetizadas en un reglamento y dirigidas por el tribunal electoral comunitario; su liderazgo fue indiscutible pese a conflictos normales dentro de una organización de miles de usuarios de agua y luego de haber concluido sus funciones menos agitado indica *"debo ser grato con la gente que me apoyó y también con quienes me criticaron porque eso permitió corregir posibles errores, también agradezco al padre Marco Martínez quién me guió desde muy pequeño y la experiencia en comunidades eclesiásticas de base en el Ecuador y Centroamérica ayudaron a no fracasar en la dirección".*
Al dirigente Amable Arévalo le toco afrontar otro conflicto con la empresa municipal ETAPA, que venía operando la planta de tratamiento y con el propósito de generar descontento de los usuarios dejaba sin agua varios días por semana, sin dar una explicación convincente. Los dirigentes acudieron por múltiples ocasiones a la gerencia de ETAPA sin obtener resultados, al último ETAPA aceptó la presencia de un obrero del Proyecto Nero para que ayude a en labores de operación de la planta, hasta que un cierto día el "técnico" de ETAPA lo despidió violentamente al obrero, lo que provocó la ira de los comuneros del Proyecto Nero, sin pasar más tiempo al siguiente día, antes que amanezca, miles de mingueros colmaron los predios de la planta de tratamiento y en forma pacífica pidieron a los obreros y técnicos de ETAPA que abandonaren lo que no les pertenece y dejaran en manos de quienes construyeron, empero las amenazas de desalojo vinieron, también se dijo que serán procesados penalmente los dirigentes del Proyecto Nero -igual que los directivos del agua de Sayausi, se desató una campaña emprendida por la empresa municipal que los indios son ignorantes, no están en capacidad de manejar una planta de tratamiento de agua potable para más de cinco mil usuarios, por tanto no se responsabilizan de los daños que ocasionen ni tampoco de la calidad del agua que provean. Sin embrago la buena dirección técnica y la experiencia demostró lo contrario y finalmente al evidenciar de la capacidad de los comuneros, a regañadientes la gerencia de ETAPA cedió y entregó la planta a quienes les

pertenece a través de un convenio en el carnaval del año 2001 donde se celebraron los comuneros la liberación definitiva de la dependencia y sumisión municipal.

Posteriormente asumió la presidencia **Manuel Déleg** en forma provisional, quién dio una continui-dad al proceso iniciado, su corta paso por la dirección impidió dejar una huella mayor.

En abril de 2003, las urnas favorecieron al candidato **Jorge Arévalo** como presidente del Proyecto Nero, quien con el apoyo de un equipo comprometido lideró un proceso hasta el 2006 y tuvo que estabilizar aún más la organización comunitaria, su experiencia como dirigente de Gualalcay, mediador, docente y líder comunitario ayudó a realizar una buena gestión administrativa, consiguió la construcción de algunas variantes en la conducción un tanque de reserva en Santa Anita para abastecer el liquido vital a todas las comunidades ubicadas en las partes más altas donde tiene problemas de abastecimiento, renovó la flota vehicular, ordenó las finanzas, la contabilidad, adquirió oficinas propias para la administración central y consiguió del municipio de Cuenca un terreno para construir la *"casa del minguero"* en un espacio de 700 m2 en la urbe de Cuenca. También soportó serios problemas como la ruptura de la conducción de alta presión en Yanasacha lo que provocó una suspensión del servicio por algunas semanas y el descontento de los usuarios, así como la crítica extrema de los medios de comunicación interesados en la destrucción del proyecto Nero y más sistemas comunitarios de agua no se hizo esperar. Al respecto Jorge Arévalo, vísperas de entregar la dirección del Proyecto Nero a los nuevos dignatarios en tono tranquilo y con muestras de satisfacción indica *"El tiempo pasa rápido, hemos hecho lo que nos propusimos, pero queda mucho por hacer, hay problemas todos los días, los directivos no siempre son puntuales en cancelar las tarifas al exigir se molestan, son muy críticos a veces sin razón, no siempre somos comprendidos, una cosa desde fuera y otra desde dentro, pero nuestro esfuerzo valió la pena y nos vamos satisfechos por lo que hicimos, ojalá este esfuerzo haya servido a las comunidades"*.

Desde abril de 2006 se encuentra al frente otro dirigente de valía Luis Quinde, que constituye la nueva generación de minguero, recuerda que desde muy joven participó en las mingas y reuniones, en su posesión dijo: *"vamos a demostrar a nuestros adversarios –privatizadores- que*

los campesinos somos capaces de hacer, la gestión comunitaria del agua es un servicio no un negocio y para eso estamos y para ello trabajamos y no permitiremos que nos roben nuestros recursos porque nos pertenece" el dirigente admira a los mayores que hicieron posible construir la utopía y sobre sus pasos hoy tiene el reto de dar continuidad al proyecto más importante del austro y el país.

Estatuto jurídico

Para mejorar la administración del Proyecto Nero se sintetizó sus normas en un Estatuto que regula por ejemplo la estructura de la asamblea general:

Art. 13.- La Asamblea General es la máxima autoridad del Sistema comunitario de agua la misma que estará conformada por los integrantes del consejo directivo y dos representante por cada comunidad reconocidos por el comité local y el consejo directivo no obstante cada comunidad tendrá derecho a un voto para las resoluciones. Las decisiones de la asamblea general serán resueltas por mayoría de votos de los presentes.

Art. 14.- Para efectos de las elecciones del consejo ejecutivo, consultas populares y otras de trascendental importancia del sistema comunitario participarán obligatoriamente todos los usuarios del sistema de agua con derecho a voz y voto.

Art. 15.- Las asambleas generales serán ordinarias y extraordinarias. Las asambleas generales ordinarias se realizará trimestralmente. Las asambleas generales extraordinarias se realizarán en cualquier tiempo, pudiendo ser a pedido del presidente, de la mayoría de los integrantes del consejo ejecutivo o mayoría de la asamblea general, no obstante la convocatoria se realizará por lo menos con 48 horas de anticipación.

Art. 16.- Para que la asamblea pueda constituirse y tomar válidamente sus resoluciones, se requiere el voto mayoritario de los asambleístas, debiendo instalarse a la hora convocada, pudiendo tener un máximo de esperara de 10 minutos para dar inicio en caso de existir el quórum. En caso de no existir el quórum a la hora citada se esperará treinta minutos a partir de la hora convocada. Pasada la misma se instalará la asamblea con el número de integrantes presentes, siempre que el particular se haga constar en la convocatoria.

Art. 17.- La representación de los delegados comunitarios a la asamblea general es unipersonal y excepcionalmente por situaciones de calamidad doméstica o fuerza

mayor el comité podrá delegar por escrito a una tercera persona para que le represente con voz y voto en la asamblea.

Atribuciones de la asamblea general

Art. 18.- La asamblea general tendrá las siguientes atribuciones:

a.- Conocer y aprobar el informe del Consejo Directivo. Informe que contendrá los resultados de la administración del sistema de agua en el período anual, situación económica y financiera; plan de trabajo y los planes, programas y proyectos de desarrollo.

b.- Conocer y aprobar de ser el caso las propuestas de reformas del estatuto o reglamento en dos sesiones.

c.- Resolver sobre cualquier punto que previamente haya sido solicitado por el presidente, consejo directivo o por la moción del dirigente comunitario que haya obtenido el apoyo a la propuesta.

d.- Destituir a uno o más integrantes del Consejo Directivo en cualquier tiempo, cuando exista motivos fundamentados para ello y siempre que se haya probado debidamente su culpabilidad, incapacidad o negligencia en el cumplimiento de las funciones encomendadas, observando el debido proceso.

e.- Conocer y aprobar las tarifas de acuerdo a la propuesta técnica social y sustentable, elaborado por el consejo directivo o una comisión técnica designada para el efecto.

Más adelante se legisla la dirección administrativa o ejecutiva de la organización, quienes integran, requisitos para poder acceder al organismo de dirección, causas para dejar de ser tales y finalmente sus atribuciones:

Del consejo directivo

Art. 19.- El consejo directivo es el organismo administrativo de la organización y estará integrada por: Presidente, Vicepresidente; Secretario; Prosecretario; Procurador Sindico; Administrador, Tesorero; y 3 vocales principales con sus alternos, elegidos en forma democrática mediante voto universal, directo y secreto, para un período de tres años pudiendo ser reelegido por un periodo similar. Además integrarán el consejo directivo los ex presidentes del Directorio del Sistema Comunitario Autónomo Proyecto Nero en forma vitalicia.

Art. 20.- El Consejo Directivo se reunirá mensualmente y extraordinariamente en cualquier tiempo y cuando el Presidente o la mayoría de sus integrantes consideren necesario, debiendo convocar el secretario por disposición del presidente con 48 y 24 horas respectivamente.

Art. 21.- Los integrantes del

consejo Directivo y directorio de comités locales tendrá derecho de una bonificación de acuerdo a su gestión cumplida a excepción del administrador y tesorero que percibirán una remuneración. La bonificación fijará el consejo directivo previa aprobación de la asamblea.

Requisitos para ser miembro del consejo directivo

Art. 22.- Para ser miembro del Consejo Directivo se requiere:

a.- Ser minguero fundador o haber desempeñado algún cargo en la organización comunitaria en un tiempo no menor a tres años de las elecciones y residir permanente dentro de la jurisdicción de cobertura del sistema comunitario de agua.

b.- No adeudar al Sistema comunitario de agua valores por concepto de consumo de agua y otras obligaciones contempladas en el estatuto, reglamento y resoluciones de asamblea general.

c.- No haber incurrido en acciones o actos desleales o ilícitos a los intereses de la organización o de sus integrantes.

d.- Estar en goce de los derechos de ciudadanía.

Causas para dejar de ser integrante del consejo directivo.

Art. 23.- Los directivos cesarán en sus funciones en los siguientes casos:

a.- Cuando legalmente sean reemplazados mediante elección democrática y la posesión del nuevo directorio para el periodo que corresponda.

b.- Por causa injustificada a 3 sesiones continuas o 5 alternas en el periodo de un año.

c.- Por manifiesta inoperancia en el ejercicio del cargo para el que fue elegido.

d.- Por deslealtad con la organización y reiterada falta disciplinaria.

e.- Por violación a la Ley, el estatuto, reglamento y resoluciones de asamblea general debidamente comprobadas y garantizando el debido proceso.

f.- Por fallecimiento, renuncia, exclusión o pérdida de la calidad de directivo del Consejo Directivo. En estos casos será el Consejo Directivo el organismo que designe al reemplazante por el tiempo que falte para completar el período en orden de su elección.

Deberes y atribuciones del consejo directivo

Art. 24.- Son Deberes y Atribuciones del Consejo directivo:

a.- Cumplir y hacer cumplir las disposiciones contenidas en la Ley de Aguas, su reglamento, el presente Estatuto, su reglamento y sus resoluciones.

b.- Coordinar acciones con los comités locales, entidades públicas y privadas por un servicio efectivo del sistema de agua.

c.- Respetar y hacer respetar los derechos que corresponde a cada usuario de agua.
d.- Formular proyectos de reformas de estatuto y reglamento conforme a las necesidades del sistema de agua.
e.- Planificar nuevos proyectos de desarrollo y abastecimiento de agua, supervisar el correcto consumo del líquido vital, dictar restricciones en el uso del agua, supervisar las instalaciones y fiscalizar la correcta recaudación de fondos y la legitimidad de los gastos e inversiones.
f.- Elaborar el presupuesto de gastos operativos e inversiones por cada período y presentar para su aprobación a la Asamblea General.
g.- Aplicar las sanciones legales que contemplan en el Estatuto y reglamento para los usuarios que no cumplan con sus obligaciones o que no acaten las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Directivo.
h.- Nombrar las comisiones así como los trabajadores de apoyo que se requieran para la buena administración del proyecto.
i.- Fijar las compensaciones o bonificaciones al personal de apoyo que colabora o participe en las labores de planificación, administración, operación, mantenimiento y otros inherentes al sistema de agua.
j.- Conocer, mediar y resolver las controversias que se generen entre los usuarios del agua
k.- Proponer los valores por concepto de derechos por consumo de agua, las cuotas ordinarias y extraordinarias que se requieren para atender la conservación, reparación o ampliación del proyecto, fijando plazos para el pago de estas obligaciones.
l.- Autorizar o suspender los servicios intra domiciliarios conforme los establece el Art. 43 literal c) del reglamento a la Ley de Aguas.
ll.- Reconocer a las comunidades o comités locales como partes integrantes del sistema comunitario, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos y lo integren más de 50 usuarios de agua.
m.- Las demás resoluciones que se determine en la asamblea general.
También contempla las funciones y atribuciones de cada integrante del consejo directivo, del patrimonio tangible e intangible así como las categorías y otros temas.
El estatuto de toda organización tiende a ser muy genérico, sin embargo en el reglamento interno abre la oportunidad para legislar con más precisión los vacíos presentes, así podemos destacar algunos puntos de la legislación del Proyecto Nero.

Reglamento interno

El Estatuto fue ampliamente discutido con las bases, sin embargo al existir vacíos en sus normas el proyecto Nero resolvió elaborar su reglamento que permita de mejora manera articular su legislación como herramienta de prevención y solución de controversias entre usuarios y comunidades. En el tema que nos ocupa se reguló las sanciones de los usuarios por atrasos e inasistencias a reuniones injustificadas, mingas, abandonos de reuniones, disociadores, uso indebido del agua, manipulación de válvulas y llaves, incendios, contaminación y destrucciones de los recursos naturales, términos ofensivos o injuriosos, expulsión de socios y rehabilitación. Sanciones a directivos por inasistencia, incumplimientos. A continuación trascribimos las disposiciones:

Art. 30.- El usuario de agua que incurra en faltas disciplinarias conforme dispone el Art. 11 del estatuto vigente se harán acreedores a las siguientes sanciones:

a) Por atraso injustificado de 30 minutos a reuniones, mingas u otras actividades similares establecidas por la asamblea general, tendrá una sanción económica de 2 dólares.

b) Por inasistencia o falta a los actos o actividades anotadas en el literal anterior será sancionado pecuniaria con el equivalente a 5 dólares americanos.

c) El usuario que no asista a una minga se hará acreedor a la sanción económica de 15 dólares y si estos trabajos comunitarios se realicen desde la planta de tratamiento hacia el cerro u otro lugar lejano la sanción será de 20 dólares. Valores que recaudará el comité local y con los que se pagará al tesorero, presidente y secretario o quienes hagan sus veces en los comités locales.

d) El dirigente o usuario que abandone las reuniones sin autorización del presidente, deberá ser sancionado pecuniariamente con el valor equivalente a una inasistencia a la sesión y en caso de reincidencias la falta será sancionado con el doble de la primera.

e) Por disociador al interior de los integrantes de la organización comunitaria se sancionará con la cantidad de 50 dólares. En la segunda ocasión con el doble de la sanción pecuniaria y a la tercera con la exclusión de la organización.

f) El usuario que utilice el servicio de agua para otros fines distintos al doméstico será sancionado con la cantidad de 25 dólares.

g) El usuario que tenga una instalación de agua clandestinas será retirada inmediatamente el derecho de agua, además tendrá

una sanción económica igual que el usuario que manipule indebidamente válvulas, redes, llaves de paso u otra infraestructura que cause perjuicio al sistema de agua con la cantidad de 100 dólares a la administración central, sin perjuicio de iniciar las sanciones legales para la indemnización de daños y perjuicios y la sanción penal que corresponda. El 50% de la sanción económica corresponderá al denunciante que haya dado aviso de la instalación clandestina, previa verificación.

h) Es obligación del usuario de agua contar con el medidor de agua y tener colocado en un lugar de fácil acceso para sus lecturas.

i) El usuario de agua que haya manipulado el medidor, ha retirado con la intención de perjudicar al sistema de agua será sancionado con el 50 dólares previa notificación la reincidencia pena con 100 dólares. A la tercera se retirara el derecho de agua.

j) El usuario que cause intencionadamente incendio, contaminación y destrucción de los recursos naturales que afecte al sistema de agua o contamine los recursos hídricos y la naturaleza en general debidamente comprobada deberá indemnizar el total de los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de iniciar la acción penal correspondiente.

k) Se prohíbe a los usuarios de agua y directivos la utilización de términos, frases, alocuciones personales ofensivas o injuriosos entre sí y de llegarse a darse será sancionado con 25 dólares sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

l) El directivo o delegado que falte a una reunión o incumpliera con lo encomendado, será sancionado con la cantidad de 10 dólares y se incrementará la sanción pecuniaria de acuerdo a la gravedad de la falta. Todos los atrasos o inasistencias será sancionados siempre y cuando éstas no hayan sido justificadas.

Art. 31.- El solicitante de un derecho de agua que realice con el ánimo de perjudicar al comité de su jurisdicción o por cualquier razón ilícita realice al comité distinto de su jurisdicción será sancionado con 50 dólares, que serán cancelado en partes proporcionales el solicitante del derecho de agua y quien ha concedido tal derecho. Adicionalmente se retirará el derecho de agua, salvo que técnicamente sea posible y en tal caso los valores deberán ser devueltos al comité de su comité de su jurisdicción.

Art. 32.- En comunidades que se encuentren abastecidas con agua de Etapa u otros sistemas de agua no se concederá derechos de agua, salvo que las condiciones técnicas, económicas y sociales justifiquen

tal requerimiento.
Art. 33.-El usuario de agua que fuese expulsado pierde todos los derechos con respecto a los bienes de la organización, por consiguiente no podrá exigir devolución parcial ni total de sus aportaciones. Podrá sin embargo, rehabilitarse por una sola vez, cumpliendo las condiciones que establece la asamblea general.
Art. 34.- El derecho de agua del causante se trasmitirá al descendiente según las normas prescritas en el Libro III de la secesión por causa de muerte que dispone el Código Civil Ecuatoriano.
Art. 35.- El usuario de agua o el sucesor que haya dejado de utilizar el líquido vital o se encuentre impago por más de un año pierde automáticamente su derecho a la domiciliaria de agua.
Art. 36.- Todos los valores por concepto de sanciones económicos generados en los comités locales quedarán para éstos a fin de cubrir gastos de administración comunitaria, con excepción de las elecciones y otros que sean actos masivos de amplia participación.
También se reguló las causas para proceder a efectuar cortes de agua, requisitos para una reinstalación, sanción al que instala sin autorización. Estímulos bonificación del dirigente, reconocimiento a mejores dirigentes, de los mingueros fundadores. A continuación transcribimos la parte pertinente.
Art. 37.- Las tarifas por consumo de agua se cancelarán mensualmente en la tesorería del comité local, debiendo a su vez el comité local remitir dentro de los 15 días siguientes a la administración central. Su incumplimiento será juzgado y sancionado conforme el presente reglamento. Por razones debidamente justificadas y en forma excepcional se recaudarán las tarifas de los usuarios en la administración central.
Art. 38.- En caso de mora por tres meses o más del pago del consumo de agua notificación con ocho días de anticipación a la suspensión del servicio de agua.
Art. 39.- Para la reinstalación del servicio de agua, el usuario deberá cancelar los valores adeudados y el costo de corte y reinstalación y cumplido todas sus obligaciones de le proveerá el servicio de agua dentro de las 48 horas posteriores.
Art. 40.- A los mejores dirigentes y usuarios de agua hayan realizado actos preponderantes en beneficio del sistema comunitario de agua anualmente se les harán un reconocimiento público en un acto especial.
Finalmente un tema que considero importante es el tratamiento que se les da a los usuarios en función de la situación económica e

ingresos que perciben, hay la tendencia a legislar con equidad social, para lo cual se categorizó a los usuarios y para concluir el reconocimiento justo que se les dio a los mingueros fundadores.

Art. 41.- Se establecen 3 categorías de usuarios de agua: especial, general y solidaria:

a) La categoría especial conforme los usuarios que tenga quintas vacacionales, haciendas, entidades que tenga fines de lucro y los usuarios que tengan una buena solvencia económica. Además se encuentran en esta categoría quienes estén realizando construcciones y en general quienes utilicen a más del agua para uso doméstico para otros fines pero que no lleguen a ser considerados como los señala la disposición general sexta del Estatuto vigente.

b) La categoría general constituyen todos los usuarios que tienen sus domicilios en las comunidades de influencias del sistema comunitario de agua que destinan para necesidades domésticas.

c) La categoría solidaria constituye las organizaciones de servicio comunitario como capillas, guarderías, casa comunales, entidades educativas fiscales y comunitarias, discapacitados absolutos, usuarios mayores de 65 años que sean huérfanos de familia o sin protección familiar y personas de escasos recursos económicos que justifiquen su situación previo informe de una trabajadora social y aprobación del Consejo Directivo.

Art. 42.- Son mingueros fundadores aquellos que iniciaron sus trabajos desde el principio del Proyecto Nero y que están registrados en el libro histórico que la organización comunitaria así lo tiene inscrito y tiene derecho a un acceso adicional.

Art. 43.- Las tarifas de agua para la categoría especial tendrán un valor equivalente al doble de la categoría general, sustentado en la filosofía de redistribución social que beneficiará a la categoría solidaria que cancelarán el 50% menos que los usuarios que se encuentran dentro de categoría general.

Art. 44.- Los usuarios de agua que se encuentran en la tercera edad asistirán solo al cincuenta por ciento de las mingas de los comités locales y generales.

Art. 45.- Las personas de la tercera edad huérfanos de familiares y sin protección social y discapacitados absoluta quedan exoneradas totalmente de las mingas asambleas. Para considerar esta categorización serán los directivos del comité local quien presenten la solicitud a la administración central para que este resuelva previa verificación. Se considerará la presente disposición única-

mente por un derecho.
Art. 46.- El derecho de agua de un usuario de la tercera edad que haya fallecido se trasmite a su descendiente, y su categoría automáticamente retransforma en categoría general o la que corresponda.
Al tratarse de un traspaso o venta de un derecho de agua el nuevo usuario deberá dirigirse mediante una solicitud a la directiva central con una copia al comité local para una actualización de datos, de no hacerlo tendrá una sanción económica que determinara el directorio.
Art. 47.- Las lecturas de los medidores se realizará con personas de la administración Central en todas las comunidades, salvo en aquellas que se encuentren realizando en forma técnica y correctamente y previa verificación de la administración Central.
Art. 48.- Los Usuarios de un derecho de agua que no tengan instalados en una habitación para servicios domésticos y cuyo consumo sea hasta 15m3 cancelarán por tarifa general y si consuman más de 15m3 pagarán especial.
Cada sistema comunitario de agua constituido como Directorio de Aguas o Junta Administradora en estricto sentido u otras organizaciones de agua que se autodenominan como Comités, Cooperativas, Asociaciones al tener sus propias particularidades legislan en función de sus necesidades y aspiraciones, en consecuencia unas se legislan en función de la Ley de Aguas, otras de la Ley de Juntas Administradoras de Agua –Decreto Ejecutivo 3327, otras al tenor de la Ley de Cooperativas. Sin embargo internamente cuentan con Estatuto, reglamento interno y a pesar de tener vigentes estos cuerpos legales se presentan casuísticas que no constan en las normas existentes debiendo ser resueltos por la asamblea general, en función de preceptos milenarios y así va sistemáticamente enriqueciendo, procesando y retroalimentando el derecho indígena.

Irrespeto a autoridades

La clave para mantener el equilibrio familiar, social y completa armonía comunitaria es el ejercicio de la autoridad, entiéndase bien, autoridad y no autoritarismo. Para ser autoridad se requiere cumplir con elementales cualidades: infundir respeto, solidaridad, emprendedor, persistente, laborioso, generar confianza y tener una talla ética ejemplar en sus actos comunitarios y privados; la coherencia del líder o autoridad es fundamental para aconsejar a los comuneros y preparar a los nuevos líderes.

Autoridad existe en varios estamentos de la comunidad, desde el núcleo más pequeño, pero el más determinante para la visión indígena: la familia, ahí germina y cimienta el comportamiento del nuevo, es el espacio donde configura su futuro, entonces depende de esta matriz como se ha cultivado los valores ancestrales para su ulterior cosecha. En la familia son autoridades los progenitores y de contar con los abuelos, son ellos quienes tienen mayor autoridad para dirigir y orientar el camino por donde transitar. En la asamblea comunitaria son los dirigentes quienes ejercen la autoridad, en lo espiritual los delegados y mayores quienes orientan la manera de proceder, incidiendo en forma determinante.

Empero el ideal comunitario del "*buen gobierno*" de sus autoridades en determinados momentos es quebrantado por seudo rebeldías, desobediencias, desacatos de comuneros que irrespetan a los mayores y autoridades, consecuentemente se resisten a acatar las resoluciones de la asamblea, creyéndose más sabios, alevosos, provocando un malestar que conflictiviza a los comuneros.

Correctivos

Para evitar estos conflictos, es costumbre corregir los malos hábitos desde muy pequeñitos, como a la planta se puede enderezar cuando está pequeña, al árbol maduro y torcido ni su corte endereza, de grandes los comuneros se vuelven "*curtidos*". Existe la idea que hay hijos "*resabiados*" porque los padres lo permiten, "*consienten todo*", les miman al extremo que ya cuando pretenden corregir se les fue de las manos. Para corregir se acude a los mayores, padrinos y dirigentes, quienes con su experiencia acumulada aconsejan y reprenden.

En ocasiones los hijos muy jóvenes ya no hacen caso ni a sus padres, entonces es la comunidad quien juzga en un acto público dependiendo del grado de culpabilidad y responsabilidad, a veces es necesario azotar en media plaza y luego limpiar para "*sacar el demonio*" que lleva adentro y luego imponer trabajos exigentes en los cerros o labores que demandan sacrificios como: *hacer el rompe en los predios, uncir a toretes chúcaros, hacer leña y carbón, luego acarrear en potros o mulares que recién estén ensillándose*", trabajos duros que se imparten hasta que se rehabilite plenamente y sea un buen comunero, respetando a sus padres y la comunidad. Al infractor que reitere en su mal comportamiento se va endureciendo el correctivo

hasta que el comunero retorne a su normalidad por completo, ocurriendo en algunas ocasiones que el mal comunero se *"largue"* de la casa. Este hecho no les disgusta a la comunidad primero porque les deja tranquilos a los comuneros y como en ningún lugar encontrarán mejor padre y madre que les mantenga, más temprano que tarde regresan en condiciones diferentes fruto de la tragedia que han soportado en otros lugares donde *"no hay padre ni padre que les cuide"* sostiene Rosa María Sinchi madre de su hijo que se fue de su casa -Surampalti Cañar- y al año volvió en condiciones completamente precarias, hoy es un excelente comunero, muy responsable con su familia y activo dirigente de la comunidad.

Conflictos religiosos

La religión juega un papel fundamental en los pueblos, la generalidad de los comuneros son creyentes, más allá de la "razón" de creer o no en sus deidades propias o extrañas, los motivos están presentes en las comunidades, acertadamente Voltaire sostenía *"si no hay Dios habría que inventarlo"*.

Con la conquista y colonización se impuso el catolicismo a fuego y sangre indígena derramada, más pudo la fuerza que la razón, enviaron misiones para evangelizar y civilizar a los paganos, que "vivían en las tinieblas" para ello utilizaron los métodos más sanguinarios, destruyeron templos, huacas, santuarios y todo vestigio de religiosidad originaria, confundieron los dioses andinos con deidades extrañas y sobre los vestigios originarios suplantaron con cruces misioneras, capillas, iglesias, grutas en fin las misiones consiguieron su objetivo enraizar el catolicismo en América a cualquier precio, incluso a sabiendas de ser responsables del monstruoso etnocidio.

Ahora no es desconocido que el fin no fue ni remotamente la conversión del "hombre salvaje" a la civilización, sino el dominio de unos contra otros y para ello el fin justifió los medios habidos y por haber. Esto ha sido una constante, desde la conquista hasta nuestros días no han cesado estas misiones que vienen con poderes omnímodos a imagen y semejanza de sus delegados de los países del "primer mundo" a cumplir su encomienda, prevalidos de todos los poderes con remuneraciones doradas, ello explica la fidelidad canina de estos encomenderos con la corona antes y hoy con el imperio. Durante todo el siglo XX misiones europeas y norteamericanas arribaron a tierras de

América, asomaban unos jovencitos de alta estatura, rubios, *"mishiojos"*, elegantemente vestidos, maletín en mano, pertenecientes a sectas de una amplia gama de credos religiosos, testigos de Jehová, adventistas, evangelistas, mormones, y más sectas de todo precio, color y gusto ofreciendo alimentos, vestido, becas escolares, padrinazgos y más ayudas familiares a quienes se alinean a su credo religioso. Es así como muchos comuneros fieles a la organización comunitaria sucumbieron ante la tentación de estas sectas, rompieron la unidad comunitaria, se aislaron, crearon sus propios templos de adoración, cambiaron sus normas de conducta, individualizando *in extremis* y lo que es más rompieron toda la armonía comunitaria, abandonaron las reuniones de todo acto cultural, deportivo, cívico, social, lo que inexorablemente provocó graves conflictos desde agresiones de palabra y obra hasta cortar el suministro de agua para consumo doméstico, esto sucedió fundamentalmente en comunidades de Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Cañar y Azuay. La situación fue incontenible, los comuneros tuvieron que perseguir a los "gringos" y expulsar de las comunidades. Ahora ya no han regresado cuenta **Manuel Tenesaca** dirigente de la parroquia General Morales - Cañar, sin embargo hay seguidores que continúan *"predicando la palabra de Dios"* y andan bien vestidos, con ternos y corbata los varones y vestidos largos las mujeres religiosamente los fines de semana desde tempranas horas, dizque les pagan por cada hermano convertido a su religión y se dan formas para convencer con dinero, alimento, ropa, nos desprestigian, calumnian a los que no profesamos su credo, son gente completamente difícil de entender, concluye el dirigente.

En Gullanzhapa-Tarqui-Azuay a fines de la década de los ochenta invadieron sectas religiosas de toda laya, con preeminencia protestantes –evangelistas y testigos de Jehová- desprestigiaban a los curas, provocaban a los católicos, persiguieron a los catequistas, incluso a la dirigencia comunitaria, acusaron de "borrachos", "mujeriegos", "ansiosos", "derrochones", "fiesteros", la arremetida protestante fue ganando terreno en otras vecindades, ya no solo de Gullanzhapa sino también de las comunidades vecinas Parcoloma, El Verde, Yunga, Morascalle, Tañiloma, Agchayacu, etc. Un cierto día amaneció completamente carbonizada una habitación donde se reunían los evangelistas para sus ceremonias,

pronto vino las acciones penales en contra de sospechosos.

Eduardo Vele, hoy párroco de la San Rafael de Zharug fue inocentemente procesado, anduvo algunos meses con orden de captura, se defendió desde la clandestinidad igual que otros presuntos autores de la quema de la vivienda; mientras tanto la confusión fue total, las familias se desintegraron, el marido practica una religión y la mujer otra, los padres católicos y los hijos evangelistas y los suegros testigos de Jehová, la conflictividad se extendió a todos los órdenes, parecía no tener fin, no había autoridad que ponga orden, los comuneros poco a poco parecía que recobraban la confianza en ellos mismos y poco a poco fue retornando la calma cuando tocó fondo los problemas de la comunidad. Eduardo Vele indica como fueron utilizados nuestros vecinos, hermanos por parte de las sectas religiosas que pretendieron eso mismo mantener divididos, sumisos *"nuestra comunidad – Gullanzhapa- siempre ha sido considerada como la más organizada de la parroquia-Tarqui- vivían en plena armonía, originaria, celebraban la siembra, la buena cosecha, el pucara como expresión de agradecimiento y apostando por un buen año para la cosecha, sanos vivíamos, hasta que aparecieron los gringos y nos despedazaron y casi nos destruyen por completo, sino era por la razón natural de los comuneros, guiados por los mayores y taita Dios no estaríamos para contar"* expresa con nostalgia de las persecuciones, juicios y mal vivir de su comunidad, hoy Gullanzhapa ha retornado al bienestar y con sus hijos, líderes que laboran por sus mejoras de servicios sociales reivindica el liderazgo comunal.

La situación de conflictividad social con la ingerencia de las sectas religiosas se vuelven insostenibles, líos por todas partes, llegan al extremo de privar los servicios comunitarios indispensables como la provisión de agua potable u otras no menos importantes como los servicios de riego, utilización de cementerios, casa comunal, lo que motiva a cada sector de la población afín a un credo religioso ha financiado la construcción de un sistema de agua para cada grupo con fuertes inversiones. Una comunidad de General Morales –Cañar- constituida por no más de 60 familias encontramos 3 casas comunales, sistemas de agua, proyectos agrícolas y templos para igual número de sectas existentes, por ser grupos antagónicos irreconciliables que disputan la adhesión de nuevos comuneros caotizando los servicios y rompiendo con la unidad familiar y comunitaria.

Mauro Maldonado, líder de Tutupali Grande, cuenta que su comunidad desde los años noventa está divida por las sectas religiosas, fundamentalmente son los testigos de Jehová, quienes han fraccionado a más de un treinta por ciento de la comunidad. Agrega que antes todo era unidad, organización, para cualquier actividad religiosa, deportiva, cultural hasta política, participaban activamente era una de las comunidades más dinámicas de la parroquia, mas ahora las familias que profesan otra religión no apoyan en las obras comunitarias, no cooperan en bingos, rifas, campeonatos deportivos, los comuneros no aceptan cargos directivos, los padres prohíben a sus hijos a participar en actos cívicos de la comunidad, alegan que cantar el himno nacional es una idolatría, reniegan las expresiones de cultura ancestral y hasta boicotean las obras sociales.

Correctivos

Las provocaciones y acusaciones de los grupos religiosos van de ida y vuelta, fundamentalmente entre católicos con el restos de sectas, los primeros reciben criticas de ser borrachos, mujeriegos, viciosos, los restantes reciben inculpaciones de ser mojigatos, profanos, vagos, anticristos y conforme avanzan las acusaciones vienen los enfrentamientos de palabra inicialmente y terminan en agresiones físicas. En la parroquia Cumbe-Azuay un medio día de feria en la plaza pública se enfrentaron católicos contra testigos de Jehová, así cuenta **Emiliano Morocho**, ex teniente político de la jurisdicción *"fue un día domingo pasado las 12 del día, mientras los católicos salían de misa, los testigos de Jehová acudieron masivamente en varios buses y empezó la provocación a los católicos en alto parlantes, ante el hecho desconcertados inicialmente los católicos acudimos ante el sacerdote y luego de contarle lo que sucedió él pidió por los parlantes respetuosamente que se retiren los hermanos del otro credo, hasta tanto nos fuimos agrupando frente a la iglesia, como no hicieron caso con piedras y palos tuvimos que arriarles, pero estos respondieron con armas de fuego lo que endureció más el conflicto, que si no era por la oportuna intervención del ejército que cuenta con un campamento en la parroquia no sabemos cuantos muertos podía existir lado y lado*", agrega el dirigente, en la parroquia que desde los años 90 del siglo pasado hay como tres grupos religiosos sin contar con el católico que son la mayoría, cada grupo tiene su templo construido para la oración, *"ahí se les ve que*

cantan, a veces gritan, dicen que dan alimentos, ropa, dinero" agrega Morocho *"de nosotros se burlan no respetaron ni al cura de la parroquia, peor al teniente político"*, con resignación concluye *"estamos fregados siguen creciendo estas sectas y personas de no creer están ahí cantando hasta parientes nuestros"*.

Cuando surgen estos conflictos con grupos religiosos se llama a los cabecillas para que calmen a sus feligreses y de ser necesario se hace firmar un acta de compromiso de no agresión. El presidente de la comunidad es quien arregla el problema surgido, así sucedió en las comunidades de Cahuazhum Bajo de Gualaceo y la Unión del Sigsig, pero en ocasiones los cabecillas de las sectas religiosas no reconocen al cabildo, ni directiva y peor al presidente de la comunidad, en estas circunstancias apelan a las autoridades estatales la solución del conflicto, como sucedió en la Conferencia de Quingeo-Cuenca, que un comunero católico no cedía el terreno la parte que le correspondía a sus hermanos por derecho de herencia a sus padres, aduciendo que eran de otra religión. Los hermanos evangelistas donaron "su derecho" al centro cristiano norteamericano e iniciaron la construcción de un centro de salud pero evangélico, lo que provocó la ira del otro hermano, se agravó el conflicto, no hubo forma de entender, hasta que se cruzaron los machetazos, hiriendo de parte y parte, llegaron a un juzgamiento penal en la comisaría de policía y por mal planteada la denuncia se libraron los dirigentes de ser sentenciados a prisión. Otro caso similar se registró en Guazhum-Paute donde la disputa entre católicos y evangelistas fue por los bienes – un terreno, la construcción, coci-nas, cilindros de gas, maquinaria de elaboración de panes y otros enceres que habían conseguido de ONGs extranjeras llevó a enfrentamientos entre dos grupos extremadamente violentos, acudió el Ministerio de Bienestar Social a mediar, no fue posible por la intransigencia de las partes, posteriormente acudió el Intendente de Policía a la comunidad, sin conseguir resultado alguno, más bien fue irrespetado y le despidieron a tiros al aire cuando abandonaba la comunidad. Al final el grupo evangélico se apropió de los bienes, pero entre ellos tampoco pudieron dividirse, recordando la sentencia popular *"lo mal llevado el diablo se lo lleva"*.

Justicia Social

Separaciones conyugales

Las separaciones conyugales

tienen sus causas: precaria situación económica, incomprensiones, celos, adulterios y una situación curiosa es la temprana unión conyugal de facto o de derecho. Es frecuente encontrar parejas de quince, dieciséis y diecisiete años ya formando hogares y con descendencia antes de cumplir la mayoría de edad –dieciocho años- que exige la legislación ecuatoriana y no necesariamente porque los menores de edad hayan decidido contraer matrimonio, sino además han sido los progenitores quienes han escogido a la pareja de su hijo o hija en función de vínculos que les unen. Un elemento importante en el escogitamiento de la pareja, no es la riqueza patrimonial o condición económica de los padres que importan mucho para la cultura occidental, por el contrario pesa mucho los antecedentes de los padres, la reputación, la predisposición a ser comedidos, hacendosos, ahorradores, el respeto, la colaboración que demuestren las familias; si los progenitores son buenas familias, no hay duda que sus descendientes también lo serán.

Ahora los cónyuges antes de llegar a su mayoría de edad y posteriormente también tienen que enfrentar los retos que demanda la vida, la responsabilidad con sus hijos, primera norma natural y las necesidades económicas de la familia constituyen los primeros conflictos que superar; empero con la ayuda que brindan los progenitores y padrinos de la pareja alivia y salva la unión conyugal. Sin embargo con el paso de los años surgen incomprensiones de la pareja, el maltrato del marido, la embriaguez, el adulterio y los celos desmoronan las uniones hasta concluir con las separaciones conyugales.

Los padres a más del olfato refinado que poseen, analizan la conducta de los progenitores para recomendar la pareja para su hijo/a; si la familia del pretendiente está desintegrada, carecen de comunicación o están separados tienen la convicción que resultará muy difícil que los hijos tengan una conducta diferente, también analizan la conducta de los menores, aducen que "*en la parada se les conoce*" y si a pesar de haberles aconsejado a sus hijos a no formar el hogar y éstos se unen aceptan con resignación; y es ahí cuando surgen generalmente los conflictos, siendo tarde los arrepentimientos, sin duda los mayores hablan por la experiencia acumulada que poseen, casi nunca se equivocan, por ello hacen hasta lo imposible para evitar matrimonios no deseados, llevan a los hijos durante mucho tiempo al cerro para mantenerlos aislados de

la pareja, les regalan animales de crianza, ofrecen predios para que cultiven, incluso trasladan de una comunidad serrana a la costa u oriental donde compadres, amigos, o parientes algunas semanas y meses con el fin que se olviden y separan de la potencial pareja matrimonial, pero la ilusión de los menores es más fuerte, se separan temporalmente y con más fuerza vuelven y se casan indica María Rosa Nacipucha, comunera de Turupamba –Biblián-, madre de su hijo que por no hacer caso a sus progenitores hoy vive abandonada de su cónyuge, menos mal con sus cuatro hijos bajo su cuidado y manutención.

Correctivos

Al separarse los cónyuges, la pareja abandona el hogar, si es el varón sale solo y si es la mujer lleva consigo a su hijos con destino a la casa de sus padres generalmente. Los padres luego de reprenderlos se comunican con los consuegros y acuerdan tener una reunión conjunta con los hijos, también invitan al padrino de matrimonio, averiguan el motivo de la separación, al haber versiones contrarias realizan un careo, los nietos son los mejores testigos de la verdad de los hechos, luego de haber encontrado la causa que generó el conflicto que generalmente son por maltratos del marido, acusación de celos, ociosidad, incomprensiones, inmadurez, prejuicios, etc. se aconseja y con el ejemplo de los mayores, la situación va mejorando. Ahora depende de la causa que motivó el conflicto para solucionar el problema, si es por culpa del marido que maltrata a su mujer con el agravante de éste mantener relaciones extramatrimoniales, el padre o el padrino reprenden al varón con látigo hasta que se arrepiente del ilícito cometido. Asimismo se aconseja a la cónyuge a mejorar su comportamiento, los trabajos en la casa, en el cuidado a sus hijos y atención al marido. Si todo sale bien por iniciativa del padrino o los padres realizan una "comelona" como símbolo de bienestar de sus hijos comprometiéndose además en apoyar más a la pareja que vivan bien.

Adulterios

El adulterio es la primera causa para la disolución de la sociedad conyugal. Las relaciones extramatrimoniales del adúltero es reservada, sin embargo los cónyuges se dan cuenta fácilmente por el cambio notorio en su comportamiento, así por ejemplo los maridos empiezan a tratarles mal, descuidarse de los hijos, llegan tarde a la casa o trabajo, desa-

parecerse en cualquier momento, se reniegan de todo, vuelven malgeniosos, y cuando la pareja les observa solo recibe ofensas, maltratos, hasta agresiones físicas. Generalmente son los varones los adúlteros, en estas circunstancias la cónyuge engañada planea con sus parientes cercanos o vecinos de confianza "casarle" a su marido, averiguar con que mujer anda, donde se demora, indagan la hora de salida, su recorrido hasta descubrir a la persona que incide en su comportamiento.

Correctivos

Generalmente el varón mantiene relaciones extramatrimoniales y descubierto la traición, la cónyuge planifica como arreglarse hasta aprehenderla a la "concubina", en el momento menos esperado lo encuentra, tomando desprevenida le propina una golpiza, advirtiendo de no separarse del marido, asuma las consecuencias. Generalmente a la primera no es suficiente la lección, entonces para una segunda ocasión prepara la cónyuge afectada actos más fuertes, como echarles ají en los ojos, ácidos en la cara, rasguñarles el rostro, es decir algo que deje una huella de castigo y que sea visible al público por ello siempre se ataca al rostro.

Antonio Chunchi, oriundo de la comunidad Zhizho-Cuenca, cuenta el caso de una vecina *"vivía sufrida cansada de tanto maltrato de su cónyuge, llena necesidades económicas, con problemas de salud y otros que le agobiaba, descubrió que la causante era una concubina que mantenía relaciones con su cónyuge, pese a que era casada, le advirtió a ésta varias veces de lo que le iba hacer, mas no había forma de separarles, hasta que un cierto día se acompañó de su pequeña hija, la más grandecita, le tomaron a la concubina, le golpearon en el suelo y no contentas con ello echaron agua de ají en los genitales, le cortaron las trenzas y hasta terminaron rapando una parte de la cabeza. Fue santo remedio los problemas terminaron y hoy la vecina vive feliz con su marido"* concluye.

En otras circunstancias son los padres y abuelos los llamados a reprenderlos y aconsejar del daño que está provocando a sus hijos a su mujer y toda la familia. También se aconseja a la consorte a atenderle mejor a su marido a los wawas, ser más responsable, cuidadosa hasta en su presentación y cuando ha reflexionado el adúltero y asume un compromiso de responsabilidad con su familia se realiza una merienda para celebrar la conciliación y el retorno un buen vivir.

Anibal Zumbana, técnico y líder

de la parroquia Paba-Tungurahua cuenta que la infidelidad se corrige con ortiga, baño y látigo, si es reincidente entonces se encierra en una celda de la comunidad por unos quince a veinte días, hasta que arrepienta de sus errores y jure en nombre de Dios no volver a repetir su mal comportamiento así sucede en Quero y Quisapincha de la provincia de Tungurahua.

Gagones, relaciones incestuosas

A veces estas relaciones extramatrimoniales caen en el incesto se presentan con parientes ya sea hermanos, descendientes, extendiéndose a los compadres, hecho que es severamente cuestionado por la comunidad; ahí surge la creencia ancestral de los **gagones**. Describen los comuneros a estos –gagones-como perros pequeños -*wuawuas kiskis*- que andan en pareja, lloran como wawa tierno, son muy entretenidos, cuando les distraen son furiosos varían el color de blanquecinos a grises –shunos-. Hay la creencia que para saber quienes andan en mal vivir conviene tiznar con algo que manche en la frente, asimismo se dice que son mansitos, pero si hay otra persona que también "vive mal" –incesto- se vuelven furiosos y muerden el torterito, es decir la rótula del rodilla.

Salvador Guiñansaca comunero de los cumbis cuenta que *"Era chishimanta -siete de la noche- bajaban una pareja de wuwua perros blanquitos jugando jugando, medio con miedo pasé pero ni se dieron cuenta de mi y pasó, nuevamente a los quince días volví a ver pensé que algún vecino tenía wawa perros, al llegar a la casa pregunté a mi mujer si sabía de alguna vecina que tenía una perra con crías y tampoco conocía, pasó el tiempo, como decían que una vecina andaba con el mismo hermano porque quedaron huérfanos de padre y madre tempranamente, me vino la curiosidad y empecé a casarle a los wawa perros, pero no volví a ver más... al medio año cuando ya había olvidado un poco otra vez aparecieron y no habían crecido nada pero eran de otro color un poco shunitos –gris- pensé que eran otros, diferentes de los que vi primero, nuevamente averigüé a los vecinos y no sabían nada, pasó el tiempo parecían casi negros y en una noche valiéndome de valor, aconsejado por mis abuelos al descuido les mandé haciendo una cruz con un tizón en la frente de los perros, casi me mordieron y al siguiente día entre claro y oscuro apareció la pareja -no de wawa perros- sino hermana y hermano bajaban manchado la frente, comprobé que vivían mal estos vecinos"* agrega el comunero

ahí comprobé la presencia de los gagones, el color de los gagones depende del tiempo que viven mal la pareja, es blanco cuando recién inician, es gris cuando ya están un corriente tiempo y es negro cuando ya es mucho tiempo de las relaciones incestuosas de la pareja.

Embarazos

Muy común es encontrar a jovencitas que se han quedado embarazadas, producto del engaño de hombres que les ofrecieron matrimonio y que lejos de cumplir con el compromiso se niegan a reconocer a sus hijos, peor brindar ayuda pre y postnatal a la madre de su hijo. Hay casos en la que las mujeres embarazadas aún no han cumplido su mayoría de edad y lo que es peor el padre del concebido es casado, lo que imposibilita cualquier posibilidad de un futuro matrimonio. Ahora si ambos son solteros la situación es menos complicada de hecho con la intervención de los progenitores de la pareja puede llegarse a un acuerdo, de lo contrario a la madre soltera le queda un camino cuesta arriba por recorrer. En ocasiones las embarazadas se idean hechos sobrenaturales para evitar castigos de los padres por haber concebido muy temprano o simplemente por haber tenido relaciones antes de *"salir de la iglesia"* –matrimonio-. En Jatumpamba comuna campesina de la parroquia Checa-Azuay, una jovencita de dieciséis años procreó y alumbró un hermoso bebé de un rato al otro, jamás demostró estar embarazada porque se amarró con una cinta en el estomago todo el tiempo de embarazo para no evidenciar su error según cuenta su madre que pidió omitir su nombre, y solo fue la causa haber *"cruzado un poso de agua donde paraba el arco iris y la guambra quedó embarazada"*; indagando un poco se concluyó que la relación se produjo entre la adolescente púber y adolescente impúber, es decir este último era cuatro años menor a la chica, lo que provocó a la adolescente vergüenza y miedo, viéndose obligada a fabricar una historia para no irritar a sus progenitores, se conoció además que el menor tenía a sus padres en el exterior, al viajar éstos había encargado la protección del menor a la comadre que casualmente era madre de la chica embarazada y al estar viviendo prácticamente juntos concibieron los menores tempranamente.

Correctivos

Si la pareja que han concebido un niño es soltera, con la intervención de los padres, el padrino de

nacimiento o de alguna autoridad comunal aconsejan celebrar matrimonio y el problema termina. Sin embargo no siempre se arriba al acuerdo, a veces es la mujer y en otras el varón se niegan a sellar la relación conyugal y ante la insistencia el novio huye de la comunidad, y excepcionalmente cuando el varón no acepte matrimonio firma una acta obligándose a pasar alimentos, ayudar en la crianza del hijo, incluso "da la firma", es decir reconoce la paternidad.

Los abuelos del niño son generalmente los más responsables y cariñosos con el nieto y brindan todo el apoyo, incluso muchos de estos menores se crían como hijos de los abuelos, más todavía cuando la madre del menor adquiere un nuevo compromiso, a fin de evitar problemas con la nueva pareja deja con sus padres al menor. Los abuelos ayudan más que los padres al nieto/a *"regalan una vacona, una oveja y más animales de corral y como se comporten más adelante donan un petazo de tierras"* al menor y terminan reconociendo como hijo y no como nieto. Contraria a la cultura y legislación occidental reflejado en el derecho liberal positivista, en las comunidades andinas es costumbre exigir al padre del menor el reconocimiento del niño, es decir *"el apellido"* aunque no facilite recursos para su manutención, por la creencia de que el niño debe tener padre y no ser hijo del viento –wuayra, pero el padre del niño se niega por la supuesta *"deshonra"* ante las otras chicas de la comunidad que le observan tildando de irresponsable, en estas circunstancias intervienen los mayores y hasta la comunidad para indagar con consejos y reflexiones, llegando en ocasiones aplicar el látigo a fin de que el presunto responsable diga la verdad y de ser cierto la inculpación hacer que asuma una paternidad responsablemente, quedando como garante natural los abuelos del niño que son como se anotó quienes más compromiso asumen.

El Chuzalongo

Otro de los tantos casos que se registra en las "historias" de los comuneros de la serranía andina es la presencia del chuzalongo, también conocido como chiro, que tiene figura de cuerpo humano de exigua estatura y prolongado in extremis miembro viril, de piel blanca, ojos claros y pelo rubio, se encuentra en lugares lejanos, montañas, peñas y lagunas, recorre en busca de mujeres para saciar el apetito sexual y para que no quede evidencia del ilícito los asesina. Hay otras versiones que indican que no siempre se nutre de sangre

humana, lo que si coinciden los comuneros es su audacia para atraer a las mujeres, dejar embarazadas y abandonarlas para siempre, su secreto guarda en el miembro viril que lleva en "miglla" o "washitado" cargado en sus manos o sobre su hombro. También se dice que es un cuento que fue un invento por los conquistadores y asimilado por criollos para eludir la responsabilidad de paternidad con sus descendientes, ello explica el color de la piel y pelo que tiene similitud con el español. Asimismo genera un mensaje preventivo a las doncellas a no alejarse mucho de sus casas hacia lugares abandonados y evitar violaciones de personas extrañas como el chiro. Finalmente hay criterios que el chuzalongo es producto del incesto, por tanto da un mensaje de condena a este acto parecido al cuento de los gagones. **Juan Chalco Chuchuca** cuenta que su presencia es muy maligna en la comunidad alguna ocasión un leñero mientras preparaba la madera, por una maniobra instantánea evitó destrozar con el hacha a un *"niño suquito que parecía taita Dios"*, le llevó a la casa, la familia recibió con cariño, dieron de comer y a la siguiente noche de estar en la casa desapareció violando a sus dos hijas, incluso matando a la primera, el padre tomó un machete, afiló lo suficiente y salió en busca del asesino, siguiendo la huella de la sangre lo halló dormido cerca del lugar donde lo encontró, sin dar tiempo a que se despierte le propinó sendos machetazos, sin embrago el chuzalongo lejos de morir, huyó y al parecer se sumergió dentro de una laguna encantada, concluye el campesino.

Abortos

Cuando los embarazos son productos de relaciones no deseadas, una violación por ejemplo ocasionan los abortos. También ocurren cuando la concepción de una criatura no es deseada en circunstancias en las que la madre mantiene compromisos con otra pareja o simplemente sus padres son muy estrictos y temen represalias entonces toman la decisión más dura y difícil en deshacerse de su criatura.

Para provocar el aborto las mujeres utilizan los métodos más rudimentarios, precarios y extremadamente peligrosos así nos cuentan comuneros que solicitan su anonimato al narrar historias trágicas como beber brebajes completamente amargos, busca el objeto que más cerca se encuentra a sus actividades diarias como los usos de hilar lana, palillos de tejer o lo que es más doloroso aún

lanzarse de una altura considerable y caerse sentada hasta provocar el aborto, que lo consiguen pero inevitablemente se lesionan, quedan estériles de por vida, inválidas, llegando en momentos a perder la vida.

Correctivos

El aborto cuando es producto de un acto violatorio, la sanción se carga completamente al autor del ilícito, con el correctivo anotado en los delitos de violación – ver justicia penal- con el agravante de este nuevo ilícito se endurece la sanción. Cuando ocasiona el aborto una mujer soltera que haya mantenido relaciones voluntarias en forma irresponsable, son los padres quienes reprenden con ortiga, baños y látigo hasta lavar o quitar todo lo malo que han tenido en su interior para que hayan cometido este ilícito. Si el aborto ocasionó una mujer casada, es el propio cónyuge quien reprende y luego se convoca a una junta de familia – consuegros, hermanos mayores, padrinos- para juzgar su mal comportamiento y luego de reprenderla se aconseja no volver a repetir este acto. Este ilícito es causal de separación conyugal, si el marido es tolerante los progenitores o el padrino de matrimonio invita a una cena a la familia para su conciliación y dar una última oportunidad a la mujer. En estas circunstancias los correctivos se realizan al interior de la familia y no se publicita para evitar la deshonra de la familia. Ahora de persistir en estos graves ilícitos entonces es la asamblea general quien juzga públicamente propinando látigos hasta producir el escarmiento, luego se le impone la obligación de realizar trabajos comunitarios dependiendo de la necesidad de la comunidad como el mantenimiento de la casa comunal, limpieza de cunetas de la escuela, capilla, entre otros. Sin embargo la mayor sanción es la comparecencia pública de la acusada ante la asamblea de comuneros, generalmente la infractora se niega a concurrir por vergüenza, miedo y el desprecio al que se somete, siendo necesario la actuación de los brigadistas para conducir hasta la asamblea donde se impone los correctivos indicados, reiterando que este acto es lo más denigrante por el estigma, desprecio y recelo que los comuneros tienen de la responsable. Contrariamente, la justicia oficial de mano de la iglesia farisaica sanciona severamente el aborto incluso en circunstancias en que la concepción sea resultado de un acto de violencia, evidenciando su estado de hipocresía de espaladas a una realidad social que clama cambios profundos.

La descriminalización del aborto

No pueden ni deben quedarse las leyes penales a la saga de los nuevos tiempos, que aventados por una realidad que empujan con más fuerza hacia transformaciones imperativas que exige la sociedad. La sociedad esta compuesta por seres de carne y huesos provistos de sentimientos que se ven sometidos a normas inquisitorias, donde la autoridad estatal enfila sus garras hipócritamente persiguiendo a los más débiles, más se desvelan cuando se hace de la vista gorda a un sector acomodado que practica el aborto (?) con la diferencia que las primeras son las perseguidas, las segundas respetadas, las del pueblo practicadas con gente incompetente en condiciones antihigiénicas, mientras mujeres de alta sociedad en policlínicos privados sofisticados. Las mujeres de condiciones precarias luego del proceso abortivo, eso si no han fallecido, recuerdan dramáticos episodios y sufren graves lesiones como: perforaciones del útero debido a los instrumentos utilizados para realizar la extracción instrumental, daños a los intestinos u otros órganos, hemorragias abundantes, laceraciones y otras enfermedades asociadas, incluso la ingesta de brebajes que fulmina otros órganos internos. Luego vienen complicaciones tardías como la retención de la placenta que provoca hemorragias posabortivas, infecciones desde la endometritis moderada y otras más severas enfermedades inflamatorias de la pelvis, hasta peritonitis generalizada y septicemia tromboflebitis venosa que puede desembocar con una embolia pulmonar o en un infarto y remata con una profunda depresión psicológica y sentimientos de culpabilidad.

En definitiva por razones de salud pública, para evitar la morbimortalidad asociada; de justicia social donde todas las mujeres tengan el mismo tratamiento sin diferencia de clase social o estatus; y, el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y sexualidad, -no confundir con el libertinaje desenfrenado- son entre otros motivos lo que nos lleva a tomar partido responsablemente por la despenalización del aborto.

Ventajosamente hay países que han avanzado mucho en la descriminalización del aborto para ello aplican la tradición médica, esto es permitir el aborto cuando el feto todavía no haya alcanzado viabilidad, es decir antes de las 28 semanas de gestación contadas desde el último período de menstruación normal y corresponda a un peso fetal de 1000 gramos.

Las cifras son elocuentes de lo indicado. El 10% de la población mundial vive en países donde está prohibido el aborto sin excepción. El 15 % se encuentra en países donde esta prohibido el aborto con excepción de salvar la vida de la mujer embarazada. El 8 % permite el aborto por motivos médicos, razones genéticas o fetales, y por otros motivos jurídicos como la violación o incesto. El 25% de la población vive en países (Alemania, India, Francia, Japón, Reino Unido y los ex países socialistas) donde el aborto esta permitido por razones sociales como ingresos insuficientes, infraviviendas, mujeres solteras, salud de la mujer; mientras que se acepta el aborto sin más restricción que no pase del primer trimestre de gestación en Austria, China, Cuba, Dinamarca, Francia, Italia, Alemania, Rusia, entre otros.

Celos

Los celos son normales en los seres humanos, más una exageración –celotipias- concluyen los especialistas es ya una alteración metal, la misma que requiere tratamiento para su recuperación. Generalmente son las cónyuges las que padecen de este mal, al marido no dejan ni respirar tranquilo, les persiguen a todas partes, sofocan, perturban y a pesar que los cónyuges a veces les maltratan a sus parejas no hacen caso dicen ser *"curtidas"*, esto genera más de un problema no solo con su familia sino también con la vecindad, a fin de evitar estos problemas el cónyuge se ve obligado a sacrificar las amistades. **María Tenecota** presidenta de la comunidad Gualalcay – Cuenca afirma: *"Cuando la mujer es muy celosa, el marido se siente mal en la comunidad, debido a que es objeto de bromas pesadas como 'wuarmi mandana' (mandado de la mujer) y a veces éste no aguanta llegando a dar golpes. En cambio si el marido es celoso éste no quiere ni que salga de la casa, cuando va a una reunión el marido no se despega, llegando al extremo de sentarse en la pollera para impedir que salga a bailar con alguna amistad o vecino"*. Los celos causan un aislamiento de la persona que adolece de celos y también de su cónyuge, incluso extiende a su familia, como es obvio suponer los vecinos que conocen de este mal comportamiento evitan conversar, bromear, brindar confianza a lo mucho se limitan a saludar lo que provoca un ambiente nada favorable para desarrollar el humor y la buena vecindad comunal.

Correctivos

Frente a las dificultades que se presentan en la familia cuando una de las parejas es celosa, entonces los padres y padrinos corrigen este problema aconsejando ser más sociable y eliminar los prejuicios de creer que el cónyuge juega con los sentimientos de la pareja, además se le asignan más tareas de lo acostumbrado –hilar el huango, tejer sombreros, chompas y todas las tareas del campo que nunca faltan con un control riguroso a fin de tenerles ocupados y eviten tener "*malos pensamientos*". También los padres, suegros o padrinos les llevan a laborar con ellos en trabajos duros en los cerros, con agilidad, compensando con alimentos, cosechas, en especie, lo que motiva su autoestima y la mejor vida con su pareja. También se acostumbra realizar un baño y limpiar con montes para dejar libre de supersticiones, cuando se está pensando o se tiene una idea fija en alguien que presumiblemente estaría con su cónyuge, la idea termina transformando en su mente como algo real evidente indiscutible, para alejar estas malas ideas los mayores aconsejan tener distraída a la persona en actividades laboriosas.

Maltratos conyugales

Motivados por la falta de atención a los hijos, al cónyuge, descuida en la casa, sus animales, abusa del tiempo destinado a conversaciones "ñahuinchir" que ocasionan los chismes, los maridos propician agresiones a su cónyuge incluso a sus hijos, en otros casos sin mediar motivo alguno maltratan a sus cónyuges debido al compromiso extramatrimonial que éste tiene con otra mujer. Como se ha indicado solo hay un problema cuando algo esta mal es decir se enferma la familia y surgen los conflictos, entonces se busca investigar donde está la raíz del problema y luego extirpar el mal para solucionar el conflicto. El alcohol es otro causante de problemas en los hogares, generalmente el hombre que consume excesivamente "trago" termina emborrachándose y luego crea más de un problemas con la vecindad y fundamentalmente en el hogar.

Correctivos

Es la cónyuge o los menores quienes denuncian a los mayores o padrinos de estos maltratos físicos y psíquicos que ocasionan generalmente los maridos, Los mayores investigan de lo sucedido para conocer las diferentes

versiones sobre el mismo hecho, sin embargo son los menores los mejores aliados de la verdad, quienes ayudan descubrir el motivo real del problema què de ser por el descuido de la cónyuge se pide enmendar, ser más cuidadosa consigo mismo, su marido y toda la familia, sin que ello justifique las agresiones, ahora si el mal proviene del marido la sanción es reprenderlo, de persistir la sanción es más fuerte, se encierra en un calabozo un día entero, según la gravedad de la falta sin alimentarle hasta que la cónyuge perdone y lo libere. En algunas ocasiones la formación que reciben en la niñez influye enormemente en el comportamiento de las mujeres, lo que da alas para que el marido en circunstancias se ensañe y encuentre escapatoria al mínimo problema agrediendo a su cónyuge. Ha habido ocasiones que al intervenir las autoridades comunitarias o vecinales en defensa de la mujer se estrellan con una penosa afirmación que ya está acostumbrada a resistir la agresión marital porque *"aunque grite o pegue marido es"*. Esta explícita resignación de la mujer maltratada se debe a las amenazas que recibe del marido y que efectivamente lo ejecuta cuando se retiran las autoridades o no haya quién les auxilie.

Desobediencia de menores

Por regla general hay mucho respeto de los menores hacia sus ascendientes, mayores y autoridades comunitarias. Sin embargo aparecen, aunque muy esporádicamente, desafíos a su madre, al padre y finalmente a todos los mayores, validos de su mejor estado físico. La actitud de los menores es completamente difícil de entenderlos, se muestran inconformes de todo, protestan, reniegan del trabajo, de las reuniones, hasta culminar con agresiones a sus progenitores, quienes van cediendo en unos casos por miedo y en otros por evitar conflictos, más el problema va invadiendo a toda la comunidad.

Cuentan los líderes comunitarios que esta actitud de resabiados surgen debido a la sobreprotección que dan los padres cuando fueron niños, habiendo sido *"mimados"*, a veces por ser hijo único o ser varón; así como en el otro extremo, haber criado durante su infancia abandonados de sus padres, recogidos por algún familiar o vecino que no pudieron brindar la orientación y calidez suficiente para su formación.

Correctivos

El cuidado de los menores es como

el cultivo de una planta, cuando recién se nota su torcedura es fácil enderezar, con la firmeza de sus padres, combinando los consejos, motivaciones, el esfuerzo laboral, el ejemplo y a veces pequeñas reprensiones con ortiga o leves látigos los comuneros logran corregir a sus hijos; más cuando el muchacho esta rebasando su mayoría de edad la situación se complica, al reprender su primera reacción es responder con agravios y a veces "alzan la mano", luego *"se larga"* de la comunidad. Al no encontrar mejores padres que los protejan y resistan sus errores, vuelven *"mansitos"*, piden perdón a sus progenitores.

La ley del Ayni, -dar para recibir- es observada y practicada por los comuneros, en consecuencia todo lo que se siembra se cosecha – está presente la reciprocidad-, el comportamiento de los menores con sus padres muy pronto tendrá su retribución en función de su comportamiento. **Elías Cumbe**, dirigente de la comunidad San Vicente de Arrayan-Azuay, cuenta que en su comunidad un mal hijo agredió violentamente a su padre, por el solo hecho de haber pretendido corregir sus desatinos juveniles, no pasó mucho tiempo el hijo perdió su mano derecha con la que había golpeado a su progenitor, poco a poco fue secando los dedos, luego la mano y antes que pierda todo el brazo los médicos le amputaron pero ya perdió la mano. *"La maldición del padre llega pronto y con más fuerza que de la madre que también obra aunque más lento"* concluye el dirigente.

Ociosidad

La ociosidad es la madre de todos los vicios, pero el exceso de trabajo es el padre de todas las sumisiones sostiene el filósofo francés **Albert Jacquard**. Sin duda que los extremos no son buenos consejeros, en el primer caso la ociosidad es mal vista por la comunidad, genera conflictos en el hogar, lleva a la desdicha y al no destinar bien el tiempo, el aburrimiento lleva a malos pensamientos como el chisme, robo y otros ilícitos trascendiendo las fronteras del núcleo familiar.

La ociosidad surge en los comuneros por la sobreprotección o desprotección –abandono- de los padres a sus hijos, en consecuencia los menores se crían "mimados" consiguen las cosas con el menor esfuerzo y cuando les toca afrontar dificultades de la vida marital y su nueva familia empieza los problemas. En el otro caso al ser abandonados se crían vacíos de valores, sin orientación, trabajan pero no ahorran, no permanecen en la casa, son inestables, se

divierten en extremo precipitándose a la perdición, con el agravante de tener necesidades para vestir, alimentar, ingerir alcohol, entonces viene lo peor delinquen tomando bienes ajenas y los conflicto se multiplican.

En el segundo caso el exceso de trabajo, conlleva la sumisión, humillación y ello tampoco es conveniente ni digno, precisamente por ello la comunidad busca siempre el equilibrio natural y social, que constituye la mejor garantía del bienestar, bien vivir y bien actuar.

Correctivos

En los casos donde los hijos cuentan con padres responsables no hay problemas, empero para evitar conflictos posteriores de contar con comuneros ociosos, despreocupados, los mayores acostumbran desde muy pequeños darles tareas para que siempre estén ocupados en algo. Mi padre **Juan José Pérez Tacuri**, comunero de la comunidad Escaleras-Cuenca cuenta que su padre fue muy riguroso en sus trabajos y desde muy pequeños nos enseñaba a ser *kusi* -ágil, comedido, laborioso- para recibir el cariño de los mayores, anota *"el comedido come al escondido jamás pasa de hambre y necesidad, para conseguir buenos comuneros desde la infancia nos tenía entretenidos en alguna actividad que no falta en el campo y si por alguna situación 'no había nada que hacer' porque estaba lloviendo por ejemplo, a propósito regaba en el suelo un saco de maíz, arveja y porotos, mezclaba y mandaba a los guambras a recoger para entretenerlos y mantenerlos activos"*.

Desde muy pequeños se enseña a los hijos a ser útiles a la comunidad, recordemos que uno de los preceptos del derecho indígena es no ser ocioso ama quilla, si a las buenas no cumplen las tareas entonces la madre con la ortiga y el padre con el látigo enseñan a ser buenos ciudadanos y cuando son comedidos, laboriosos son apreciados, queridos e invitados a toda reunión; mientras que el ocioso recibe el desprecio de familiares y comunidad, vive en la necesidad, indiferente, hasta mal visto por los comuneros, que constituye la mayor sanción al comunero ocioso.

Justicia Civil

Linderos territoriales de comunas

La falta de títulos de propiedad inscritos en el registro de la propiedad, la indeterminación de las dimensiones y la oscuridad en

la colocación de hitos ya sea por no haberse señalado, haberse deteriorado o simplemente por haber desaparecido, ocasionan conflictos de linderos entre las comunas propietarias de los inmuebles. Actividades propias del campo y básicamente el pastoreo inciden que los vacunos u ovinos destruyan los linderos generando conflictos intencionales intercomunales, así por ejemplo la comuna San Sebastián-Azuay tiene un conflicto de años con la vecina comuna Ludo, ambas del cantón Sigsig- Azuay. Como ya se indicó los conquistadores tomaron las mejores tierras y lo que sobraba dejaron en manos de los comuneros nativos del lugar, en el caso de la comuna San Sebastián poseía un territorio extenso lo que permitió que sobre sus predios se levante la ciudad del Sigsig a inicios del siglo XVIII. El conflicto que hasta la actualidad mantienen se inició por linderos, han acudido a la comisaría, intendencia de policía, luego a todas las instancias del Ministerio de Agricultura y Ganadería en Cuenca y Quito, ha vuelto la resolución administrativa de última instancia, más las partes no aceptan el fallo y el problema continúa. Actualmente las partes hacen acercamientos a fin de mediar el conflicto, en vista que las instancias estatales no han podido dar una solución definitiva. Parecidos conflictos se han generado en comunas de la parroquia Jima- Sigsig, Santa Isabel, Nabón-Azuay, Biblián, Tambo de la provincia del Cañar que datan de inicios de la década del noventa.

Correctivos

Cuando surgen estos conflictos los cabildos acuden ante funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería para que en aplicación a la Ley de Comunas tomen los correctivos, sin embargo el exceso de formalismos, legalismos y el escaso conocimiento de realidades sociales, culturales, antropológicas impide una resolución definitiva que acaten las partes, razón por la que los conflictos subsisten, en estas circunstancias la dirigencia comunal acuden a las federaciones u organizaciones de segundo y tercer grado para su conocimiento y aspirando tener una decisión justa.

En la parroquia Santa Rosa-Cuenca surgió un conflicto entre la Comuna Illapamba y la Comuna San Luis de Parcoloma, las dos entidades se disputaban un área de tierras que en realidad no resultaba oneroso, ambas comunas contaban con escrituras públicas adjudicadas por el extinto Instituto de Reforma Agraria y Colonización

IERAC, debidamente inscritos, asimismo en los dos títulos de propiedad no determinaba con precisión los linderos, pero sus dimensiones lo que dificultaba el arreglo. Ahora escarbando el conflicto con más detenimiento y profundidad arrojó un dato curiosos que el problema de los linderos no fue la causa que originó el conflicto, apenas había sido la consecuencia del mismo, constituyendo las vertientes de agua afloradas en estas tierras la causa principal y determinante para emerger un conflicto histórico que provocó más de un enfrentamiento. Encontrado el problema se analizó la situación jurídica de las vertientes de agua en concordancia con lo que dispone la Ley de Aguas –las aguas son de propiedad del Estado y para su uso se requiere del titulo de adjudicación- descubriendo que ni la Comuna San Luis de Parcoloma ni la Comuna Illapamba contaba con el título de concesión de dichas vertientes, entonces entendieron las partes, cedieron sus pretensiones y acordaron denunciar en forma conjunta la adjudicación de las aguas en términos proporcionales de acuerdo a las necesidades de la población, territorios aptos a ser regados y reses que poseían la totalidad de los comuneros con lo que concluyó el problema surgido, con el apoyo decido del Centro de Mediación Abya Yala, adscrito a la Federación de Organizaciones Campesinas del Azuay FOA, precisamente para apoyar en la solución de este tipo de conflictos sociales a veces innecesarios que desgastan psicológicamente a los litigantes, gastan tiempo y dinero afectando la escuálida economía de los comuneros.

Linderos de predios individuales

Los conflictos de linderos surgen por la confusión y desaparición total o parcial de los hitos ocasionados a su vez por aluviones, animales y a veces intencionadamente los comuneros "empujan" los linderos para ganar unos cuantos centímetros de extensión de tierra. El problema es mayor cuando ninguno de los colindantes cuentan con título de propiedad inscrito, conocido es que más de la mitad de los predios ubicados en la zona rústica de todo el país no cuentan con escrituras públicas registradas, debido a varias causas, unas veces porque Estado a través de los municipios impusieron a los comuneros pagar altos valores por concepto de impuesto al predio rústico, igual situación sucedió con los impuestos a las transferencias, alcabalas, registro y otras cargas

tributarias no solo a los Municipios, sino además a favor de los Consejos Provinciales, Junta de Defensa Nacional; con el fin de eludir el pago de tales imposiciones los poseedores de los predios no han legalizado sus tierras, todos aquellos actos públicos como compras, permutas, donaciones u otras formas de transferir el dominio de las tierras por ser laderosas y exiguas han sido insolemnes o simplemente por sucesión por causa de muerte y éstas se han presentado de generación en generación.

Una de las formas de dar seguridad a los linderos es colocar hitos naturales, pencas, árboles, cercas vivas, ríos, quebradas, acequias, estribaciones; aún así por acciones de la naturaleza en unos casos y en otras por la intervención de la mano del hombre provocan alteraciones, siendo más complicado en los casos cuando se presentan mojones superficiales donde la confusión reina agravando cuando las partes entran en "capricho".

Correctivos

Cuando hay comprensión de las partes, por iniciativa de uno de ellos con la intervención de un dirigente comunitario como mediador, acuerdan fijar una fecha y hora y en lugar del conflicto tras averiguaciones sobre los linderos reales y si hubo deterioro de una las partes tiene que responsabilizarse por ello concluyen en un arreglo amistoso, en otros momento tras la insinuación del mediador que además hace una propuesta ceden mutuamente y el conflicto desaparece. Sin embargo cuando no hay la suficiente racionalidad prevaleciendo el capricho y a veces la ambición por ampliar su predio y agotado el acercamiento directo entre los colindantes, el comunero que se creyere perjudicado acude al cabildo para ponerle al tanto y solicitar se convoque a la otra parte para intentar un acuerdo, en efecto el presidente invita nuevamente a las partes al lugar del conflicto, de haber testigos neutrales que conozcan de la situación real también se les invita y generalmente en pocos minutos encuentra una mediación, la ventaja de algunos dirigentes es la de tener conocimiento de agrimensura lo que ayuda a encontrar fácilmente la solución, de no poseer se asesora de un entendido en la materia para facilitar el arreglo, elevando a un acta por escrita el acuerdo arribado, el mismo que es fielmente respetado y acatado por las partes, incluso reconocido como un gesto de buena vecindad y celebrado por las partes y sus parientes.

Herencias

Generalmente los padres en vida asignan a sus hijos una fracción de tierras de la cuota que les corresponda como herencia anticipada. Esta asïgnación que hacen los progenitores a sus hijos es generalmente al momento que contraen matrimonio o inmediatamente posterior al mismo, más si es a su gusto apoyan incluso en la construcción de la casa con materiales, la infaltable minga familiar y comunitaria. Empero estas asignaciones no son exclusivamente cuando contraen matrimonio, también se realizan cuando los hijos cumplen su mayoría de edad, están en condiciones de construir su casa, demuestran cariño a los padres y son responsables en todos sus actos. Ahora cuando los progenitores se encuentran en una edad avanzada, adjudican todo lo que tienen, reservándose una mínima parte para uso –usufructo- repartición que los herederos lo acatan plenamente.

El problema surge cuando los padres no alcanzaron distribuir sus predios a los hijos debido a la muerte que les sobrevino intempestivamente o simplemente no lo hicieron por razones que hayan tenido o no. Ahora si hay comprensión de los herederos el hermano mayor convoca a una junta de familia, cancelan las deudas de los padres de haberlos, cubren los gastos de enfermedad, sepelio en forma equitativa y proceden a la partición de la herencia en función a la recomendación del hermano mayor quien ejerce el liderazgo, quién sugiere, propone y orienta, una vez adjudicados las herencias, satisfechos realizan la *"uyanza"* –festejo- el acto ha terminado. Sin embargo no siempre hay consensos, basta que uno de los hermanos esté inconforme, entonces surge el conflicto por la ambición de tomar los mejores bienes o en mayor cantidad. En ocasiones el desacuerdo no se limita solo a las herencias, sino rebasa a otros ámbitos que salen a relucir como supuestas preferencias que el padre habría tenido con determinados hijos, los conflictos intrafamiliares, los chismes y más problemas que imposibilitan el consenso, llegando a complicarse al extremo de proferir injurias de unos contra otros y las agresiones físicas entre hermanos complica más el conflicto de las herencias.

Correctivos

Aflorado el desacuerdo entre herederos, una opción es acudir a un entendido de agrimensura, el mismo que procede a realizar la

mensura y evaluación en forma imparcial y objetiva posibilitando el acuerdo final, de no haber el acuerdo por la impugnación de uno o más herederos se respeta parcialmente la última división, es decir la realizada por el entendido, sin perjuicio que los herederos inconformes contraten un nuevo agrimensor para realizar otra nueva división de los bienes. A veces para presionar una nueva división los herederos suelen destruir los linderos, ocupar los pastos o cultivando parte que no se les adjudicó en la partición en definitiva realizan actos de de inconformidad que caotiza la buena relación familiar.

Otra alternativa es acudir donde el dirigente comunitario para que aconseje *"haga de ver"* al heredero inconforme de su actuación y oriente a una integración familiar en honor a sus padres que con enorme sacrificio adquirieron los bienes para ser materia de enemistades de sus hijos. Con estas intervenciones generalmente, aunque inconformes inicialmente, terminan aceptando la partición de los bienes hereditarios elevando a un acta por escrito con la presencia del dirigente o agrimensor y testigos de haberlos para dar fe de lo actuado. Si es imposible un entendimiento de uno o más herederos en la adjudicación de los predios, entonces le queda la última acción que es acudir a la instancia extracomunitaria, la justicia estatal. El heredero inconforme demanda al inicio con mucho entusiasmo, pero poco a poco va diluyendo su motivación inicial por la falta de recursos económicos, el desgaste psicológico y la lentitud del proceso judicial, hasta que abandona la acción judicial para contentarse con la partición comunitaria.

Destrucción de bosques

Existe el prejuicio de ciertos profesionales y gamonales contra los campesinos e indígenas, al responsabilizar de la destrucción y quema de la vegetación y bosques en particular, aducen que por ignorancia del hombre del campo en tiempos de estiaje prenden fuego en los cerros y pajonales con la intención o creencia de atraer las lluvias para sus campos; inculpación que es completamente peregrina, fútil, irresponsable, falsa y premeditada de quienes afirman esta singular falacia, al parecer guiada por un profundo desconocimiento de la vida comunitaria o la perversa idea de dañar la imagen de un sector contrariamente a estos criterios malsanos es el más preocupado en preservar el ambiente natural y toda su vegetación en la práctica

y no en la retórica.

La actuación del hombre del campo por conocimiento y respeto profundo a la naturaleza, así como por instinto natural de conservación de la especie cuida, protege, preserva su chaparro, el pajonal, el monte defiende por la sencilla y elemental razón de considerarse parte de la misma, como buenos hijos de la naturaleza -Pachamama- respetan en sumo grado los cerros que les nutre de agua, aire, alimentación, calor, energía, etc. Los especialistas comprometidos con la conservación y preservación de la naturaleza hoy ratifican que los primeros y mejores ambientalistas son los indígenas y campesinos que entienden y saben el valor que significa la naturaleza que los rodea, así por ejemplo las selvas en estado natural prestan "servicios al mundo" entre los que se destaca: absorben y almacenan dióxido de carbono – gas de efecto invernadero- impiden la pérdida de suelo y las inundaciones, reciclan los nutrientes, regulan las lluvias, proveen un hábitat para las especies animales amenazadas y cobijan a las plantas silvestres, a más de concedernos la belleza escénica y espacios de recreación únicos tan necesarios en tiempos de enorme conflictividad emocional de las grandes urbes, entre otros.

Un razonamiento sencillo y elemental de obtener enormes bondades de los cerros, montañas, lagos, colinas y más elementos de la naturaleza como la lluvia, el sol, la luna, etc. como formas de expresión divina por su actuación benéfica con los pueblos. En consecuencia, mal se puede inculpar irresponsablemente al hombre del campo de ser el causante de las quemas de la montaña y su destrucción; inculpación que se origina en doble vía. Primero tratando despectivamente de ignorante, rústico, salvaje y segundo acusando con una falsa imputación de un delito a quienes no son responsables de un acto negativo por cierto pero no de su autoría.

A fin de despejar la duda sobre la destrucción o quema de bosques y para que no quede flotando en el ambiente cualquier lucubración, dediqué suficiente tiempo para indagar responsablemente en diversas comunidades andinas con diferentes líderes encontrando respuestas unánimes, las quemas son de autoría principalmente de aquellos desaprensivos ciudadanos provenientes de la ciudad que al llegar a los cerros por paseo, pesca, cacería, caminatas y otras motivaciones recreativas y deportivas, prenden fuego en la leña recogida para calentar los alimentos o encienden fogatas

para calentarse del frío estremecedor y cumplido el objetivo imprudentemente los visitantes no apagan completamente la candela, y posteriormente las chispas presentes ayudadas por el viento reactivan el fuego y los montes son flagelados por las llamas que duran días y semanas hasta consumir todo lo que encuentren a su paso.

Otra de las causas que envuelve en llamas a los cerros es debido a los desechos arrojados al monte como colillas de cigarrillos, vidrios, latas, que igualmente ayudados por altas temperaturas del sol en tiempos de estiaje prolongados encienden todo lo que se encuentren a su alrededor, quemas que terminan consumiendo hectáreas enteras de bosques, chaparros y más vegetación de cientos de años y toda especie viva que desaparece en un abrir y cerrar de ojos con todo su hábitat.

Ahora el hombre del campo también tiene su parte, en inferior grado por cierto y fundamentalmente motivado por la carencia de suficiente terreno que cultivar o pastorear; conocido por todos es que no hay campesinos o indígenas terratenientes, hasta suena un contrasentido, esta clase social históricamente excluida y desprotegida está compuesta en su totalidad por minifundistas y microfundistas. A raíz de la conquista los nativos fueron expulsados de sus mejores tierras, luego con la Reforma Agraria en el Ecuador en los años 1964 y 1973, lejos de recibir un apoyo frontal y directo del Estado burgués solo encontraron despojo y desalojo de las mejores tierras productivas, con regadíos hacia los arrabales, cascajos, laderosos, completamente erosionadas y zonas que contenía apenas chaparros y escasa montaña, agravándose con la contrarreforma agraria de 1984 bajo el gobierno de corte neoliberal de **Sixto Durán-Dahik**, resignados al dolor los campesinos tuvieron que adaptarse a nuevas realidades más difíciles y en la laderas construyeron sus viviendas, multiplicaron su descendencia, inexorablemente tuvieron que parcelar sus minifundios para adjudicar a sus hijos que construyeran sus habitaciones, desmembrados sus predios se ven forzados a buscar nuevas tierras para pastoreo y cultivos teniendo que desmontar los cerros, queman los escasos chaparros y montes que quedan. Solo en forma excepcional los comuneros pretendiendo quemar un área pequeña de monte, han terminando flagelando algunas hectáreas, el control de una quema es extremadamente difícil, y no solo que han quemado sus montes

sino la vegetación de los predios colindantes lo que origina serios conflictos vecinales y comunales.

Correctivos

Cuando los comuneros han quemado por impudencia, es decir sin tomar suficientes precauciones, la comunidad se reúne y procede a juzgar la conducta del infractor. En primera instancia averiguan cual fue el motivo o la causa del flagelo. Si el responsable es de la ciudad y de habérselo identificado y detenido se le juzga en la plaza central, se le limpia con montes para extraer sus malas energías, se aconseja a no pisar más esa zona y se exige una compensación económica capaz de cubrir al menos una parte del valor inmensurable que tienen los bosques de centenares de años y luego realizar una reforestación que la comunidad en mingas pueda volver a sembrar plantas nativas.

Ahora si el responsable es un comunero, se le notifica a presentarse ante la asamblea general para que responda por sus acciones, si ofrece una explicación convincente en el sentido que fue inintencional la infracción, como generalmente se presentan, se suscribe un acta en la que se obliga el comunero responsable del ilícito, en el primer invierno a reforestar completamente la zona afectada y se asegura con una garantía que entrega en especie –ganado, granos- o también se hace firmar una letra de cambio, o la entrega de un terreno; de no cumplir se procede a ejecutar la garantía y adicionalmente si la falta es grave se excluye definitivamente de todos los derechos que tiene sobre los predios comunales. En la parroquia Santa Rosa-Cuenca, un comunero pretendiendo "desmontear" una parte del área adjudicada por el cabildo de la Comuna San Luis de Parcoloma terminó quemando casi una hectárea de bosque primario, incluso llegó acercarse a las vertientes de agua que son captadas para consumo humano de varias comunidades de las parroquias Santa Rosa y Sidcay; apenas conocieron del hecho los comuneros convocaron al infractor para su juzgamiento, inicialmente la asamblea exigía castigarles quemando las manos y luego entregarles a la policía, sin embargo la dirigencia muy prudentemente orientó la discusión hasta alcanzar afinar una resolución equilibrada y en la misma comunidad. El responsable explicó lo ocurrido y sus motivaciones, que no era otra cosa que evitar el avance de los montes que impedía cultivar su chacra, rozó las "llashipas" -moras y maleza

vegetal-, amontonó en una área, prendió fuego y hasta volver del almuerzo el viento de la tarde había trasladado el fuego al bosque primario de lado y terminó consumiendo una buena parte. La explicación del comunero infractor fue convincente además contaba a su favor con buenos antecedentes que atestiguaban los comuneros y vecinos lo que posibilitó una mediación en la que el responsable reconocía el acto imprudente cometido, consecuentemente solicitó disculpas a la comuna y ofrecía enmendar el daño reforestando toda el área afectada en menos de treinta días con plantas nativas del lugar y bajo la supervisión del cabildo de la comuna, hecho que efectivamente fue aceptado y posteriormente cumplido volviendo la calma a la comunidad.

Un caso similar ocurrió en Sombrederas de la parroquia Victoria del Portete, en circunstancias en las que cuatrocientos comuneros hacían una inspección por trabajos de exploración de minas de oro que realizaba una compañía extranjera, ya al retornar de tal diligencia un comunero que pastoreaba ganado en estos sitios comunales había procedido a prender fuego en el pajonal, la oportuna intervención de los presentes controló el flagelo, se averiguó el nombre del responsable y se convocó para su juzgamiento, éste pidió disculpas por su imprudencia al haber asumido la responsabilidad que lo hizo por obtener pasto para su ganado, a saber luego de la quema del pajonal viene su retoño siendo muy apetecida por los vacunos. Los directivos del sistema de agua advirtieron de la gravedad del ilícito cometido y por esta única vez se llegó a un acuerdo consistente en la obligación que asume el comunero en reforestar el área quemada con plantas nativas –quinua y quishuar- en un plazo de treinta días y como garantía de fiel cumplimiento del comunero suscribió una letra de cambio por el valor de un mil dólares, de no cumplir con el acuerdo la misma sería ejecutada y la advertencia final de quemar las manos al autor de esta grave infracción.

Finalmente para evitar el paso desaprensivo de ciudadanos extraños a los comuneros se acostumbra colocar avisos de prohibición de paso a estos bosques que se encuentran en tierras comunales, hecho que ha dado buenos resultados, empero algunos ciudadanos validos de prepotencia con armas de fuego han irrumpido, estas prohibiciones, consiguiendo la ira de los comuneros que les castigan con ortiga y azote dependiendo del

grado de la infracción a los responsables.

Deudas

Las deudas no necesariamente tienen que ver con dinero, moneda de curso legal, sino además comprenden una variedad de préstamos que se realizan en especies entre vecinos, parientes y comuneros. Estas relaciones sociales son de solidaridad de unos que tienen con otros que carecen; las necesidades siempre están presentes en parejas recién casados, en familias que se restablecen de una enfermedad, de un atraso por pérdida de un ser querido, o situaciones adversas que se ven obligados a afrontar, más no faltan actitudes solidarias de vecinos que ofrecen aves, animales, granos a cambio de nada. Antes que venga la luz eléctrica, los combustibles, la conducción de agua entubada se compartía la candela, el agua sin retribución monetaria, sino como expresión de profunda convivencia comunitaria.

Estos bienes cuando son en mayores cantidades se efectúan como préstamos a través de una diversidad de pesos, medidas genuinas de la cultura indígena, así tenemos en granos (almud de maíz, saco de papas, carga de trigo, canasto de habas, semillas, etc,) además préstamos de árboles –para madera-, cortes de lana -de borrego, llamas-, brazadas de bayeta, cortes de hierba, carga de alfalfa, etc. En cuanto a los animales mayores se acostumbra ofrecer al partir una res, el beneficiario recibe la vaca, cuida un tiempo y devuelve sin la cría que es compensado a favor del partidario, así como la producción láctea. En los casos anteriores la devolución es de libre acuerdo entre las partes aunque mucho depende de la especie prestada; en el caso de los granos es de esperar el año agrícola para su cosecha para su devolución. Destacamos el hecho que por el préstamo realizado, no se paga intereses ni más de lo que se recibe, sino únicamente la cantidad prestada, ahí radica precisamente la praxis de los principios ancestrales de los pueblos originarios, donde se conjuga la solidaridad con la reciprocidad de unos que ofrecen hoy y reciben mañana.

Antiguamente no había préstamos de dinero, porque no existía ni hacía falta la circulación monetaria, los préstamos se limitaban a las necesidades básicas como alimentos, utensilios de labranza, cosechas, hasta animales, cumpliendo estrictamente con los favores recibidos. El trueque fue el mecanismo más generalizado de intercambio entre comuneros y de

pueblos con otros de diferentes zonas, comunidades de zonas de la costa intercambiaban productos tropicales con comunidades que producían productos propios de los andes, por ejemplo el intercambio de productos fue muy frecuente entre comunidades de Cañaribamba, actual Santa Isabel, zona costanera, con los cumbis, tarquis, turis, sigsigs dentro de la misma nación Cañari. Posteriormente no fue necesario el intercambio directo de productos entre comuneros, sino aparecieron las *"mindalas"* quienes dinamizaron un trueque sui géneris, estas mujeres se encargaban de intercambiar los productos y más adelante abastecían a las comunidades ya no solamente con alimentos sino también con otros bienes requeridos por los comuneros, así las mindalas distribuidas en diferentes sectores y zonas campesinas llevaban de la ciudad agujas para coser las prendas de vestir, hilos, imperdibles, utensilios de cocina, panela, sal, etc. etc. hacia el campo y regresaban intercambiando con quesillos, maíz, habas, huevos, manteca, cueros de res, borrego, etc. del campo. Las mindalas dominaban los dos idiomas: el quichua y el español, conocían las dos culturas, caminantes sin descanso, queridas por comuneros y citadinos.

Conforme avanzan los tiempos aparece el dinero y consecuentemente van apareciendo los créditos de gente que tiene mejores posibilidades económicas, surgiendo el acreedor monetario que en la misma línea comunitaria tampoco se aprovecha del necesitado, no exige formalismos legales como la hipoteca ni pide suscribir letras de cambio ni más documentos crediticios, limitándose el prestamista a exigir al deudor un *"buen garante"*. Desde la visión comunitaria no hay mejor garante que aquel comunero que posee una solvencia ética y moral lo que le vuelve más seguro que un documento público; y lo que es mejor la palabra vale más que el oro y quien incumple simplemente cae en desgracia en la comunidad, careciendo de todo crédito, en definitiva no cuenta la confianza en la comunidad siendo despreciado por todos. En este contexto el acreedor del dinero exige al deudor venir a retirar el dinero con sus padres, padrinos o personas solventes no precisamente en términos económicos sino éticos, procediendo a entregar el dinero sin más papeles que den fe del préstamo. Este hecho se contrapone radicalmente a la visión del derecho liberal positivista, que para éste no solo que es nulo sino que no existe.

Correctivos

Las obligaciones contraídas se cancelan en el plazo estipulado, hay circunstancias en las que por razones plenamente justificadas como malos años -malas cosechas-, muerte de animales o situaciones de calamidad no se puede cumplir, entonces el deudor se anticipa al vencimiento de la obligación y solicita al acreedor para hacer conocer de la situación adversa presentada, entonces viene prorroga del plazo, la condonación de la especie prestada a veces e incluso un nuevo préstamo para que resuelva el problema en el que se mantiene el deudor. Ahora no faltan situaciones en las que también hay comuneros que pretenden *"engañar"* y buscan pretextos para evadir las obligaciones o al llegar el plazo no se acercan a cumplir con lo estipulado entonces el acreedor exige al *"garante"* para que haga cumplir la obligación, de no mismo cumplir con la deuda es el garante quien paga la obligación y luego cobra al deudor tomando algunos animales o bienes que le pertenezcan, quedando sin crédito o confianza por la comunidad, vive en desdicha y mal visto por la comunidad.

Reproducción de animales

La simetría social comunitaria no exige leyes complejas ni sofisticadas, es puro sentido común, pero un sentido común social que los integrantes de la comunidad implícitamente actúan evidenciando la plena vigencia de la reciprocidad. En tal sentido la relación social de los vecinos es cotidiana, prestan los animales para su reproducción y a cambio reciben un *"agradito"* –regalo-. En otros casos por el cruce del animal macho a la hembra en celo, de producir el alumbramiento devuelve con una cría del animal tratándose de chanchos, pavos, gansos; no sucede igual con las vacas o borregos, puesto que dan solo una cría y excepcionalmente dos, por tal razón el comunero que requiere del macho para cruzar con la animal hembra pide el favor ofreciendo un "agradito" que generalmente consiste en una gallina, pollo, cuy o alimentos según la ocasión. Es importante destacar que no hay alquiler del reproductor, sino es voluntario lo que se ofrece.

Para las siembras o preparación del terreno para el cultivo o carga de materiales o leña se requiere de las yuntas, bueyes o caballos siendo costumbre previo a ocupar el animal ofrecer una carga de hierba o un buen pasto para la alimentación del animal de carga y al devolver se acompaña con un *"buen mediano"* que no es otra

cosa que una lavacara que contiene mote, papas, cuy entre otros, acompañado de una botella de aguardiente por el favor recibido, siendo una ocasión para celebrar la amistad en la que se comparte generosamente lo que se tiene.

Correctivos

Esta armonía comunitaria plena a veces es resquebrajada en circunstancias en las que el vecino se niega aceptar que se ha beneficiado del cruzamiento de su animal con la del vecino en circunstancias en que el instinto del animal ha forzado las seguridades, se *"suelta de la estaca"* y cruza con la hembra; o situaciones en la que intencionalmente el dueño del animal hembra que se encuentra en celo *"roba"* momentáneamente al macho para hacer cruzar aprovechando de la oscuridad o la ausencia de vecinos o del propietario del animal reproductor. En estos casos surge el problema y aparentemente nadie vio el hecho y no pasaría nada; sin embargo es fácil darse cuenta y con total seguridad afirma **María Etelvina Condo** de la comunidad Turupamaba-Cañar *"el ganado se encuentra inquieto, maltratado y apenas se suelta el macho vuela en busca de la hembra, con ello se da cuenta de lo sucedido"*. Siendo así el propietario del animal beneficiado termina aceptando el error y compensa como sucede en los casos anteriores, agrega la dirigente si se actúa de buena fe hay la bendición, sino el animal no empreña porque todo lo mal llevado el diablo se lo lleva.

Obstáculos a servidumbre

Servidumbre no es otra cosa que el derecho que tiene uno o varios comuneros a transitar libremente por un camino como ingreso o salida de su predio. Los caminos que históricamente han sido transitados por la comunidad se encuentran regulados en la Ley de Caminos y son considerados como públicos, incluso en el Reglamento de Aplicación a la Ley de Caminos indica las circunstancias en las que pueden ser declarados como públicos. El Art.16 del mentado reglamento dispone aquellos caminos que hayan sido construidos mediante sistema de mingas se reputarán públicos, siempre que los terrenos por los que atraviesan estén ocupados legalmente. Más adelante el Artículo 18 dispone: *"Cuando exista prueba plena de que un camino privado o un camino privado de servicio público, haya prestado un uso público por más de quince años, la Dirección General de Obras Públicas podrá*

de oficio, declararlo camino público, sin otro requisito". Incluso una disposición anterior establece que un camino privado solo podrá ser cerrado previo conocimiento y autorización de Obra Públicas en caso de haber justa causa.

Las disposiciones citadas no hacen otra cosa que ratificar la existencia de los caminos históricos que han servido y lo vienen haciendo los comuneros de un sector. Conocido por todos es el "Camino del Inca" que recorría todo los andes a lo largo y ancho del Tahuantinsuyo. En la actualidad muchos de estos accesos han desaparecido por carreteras más anchas y enlastradas, sin embargo han sido mejoradas sobre los caminos originarios, esto demuestra su enorme valía de los primeros comuneros que diseñaron y que hasta la actualidad sirven de vías de tránsito no solo peatonal sino vehicular. Originariamente los caminos fueron empedrados para transitar con cargas y en acémilas para evitar el deterioro de los mismos en tiempo de invierno.

A más de los primeros comuneros que trazaron los caminos históricos, contribuyeron en alto grado los arrieros durante la mitad del siglo XX en diseñar y construir nuevos caminos por zonas despobladas, incluso por los pajonales y montañas para su recorrido con el fin de eludir la rigurosa vigilancia que guardas del estanco abusaban a los contrabandistas de aguardiente que reprimían una labor comercial completamente justa y lo que es más sacrificada, ventajosamente su despenalización desmoronó la persecución a esta actividad por demás lícita, ojala en esta misma línea de pensamiento y acción, las jerarquías gubernamentales pronto entiendan que la forma más efectiva para combatir el "crimen" del tráfico de la droga es precisamente descriminalizar el tráfico de drogas, así como el coyoterismo, el aborto entre otros delitos que hoy conmocionan a la sociedad por estar penalizados, y atizan más la corrupción y permitiendo que el cordón se rompa por el lado más débil mientras los capos continúan plácidamente en la impunidad.

Los caminos estuvieron destinados a comunicarse entre centros poblados y sus ramales con pequeñas caseríos, y al interior de las comunas los caminos se construyeron para enlazarse con caminos principales, así como la comunicación con ríos y vertientes de agua para consumo doméstico y abrevaderos de animales. Los conflictos se presentan cuando aparece un comunero que contagiado por la ambición de extender su fundo pretende

estrechar el camino o desaparecer por completo, también se han presentado casos en los que algún comunero con la finalidad de integrar su predio o mejorar el predio modifica el trayecto del camino lo que provoca una reacción normal de los vecinos "derechistas" del camino surgiendo los conflictos.

Correctivos

El conflicto se genera cuando el comunero que alteró el lindero del camino se resiste a enmendar y por otra parte los perjudicados también se resisten aceptar una imposición o arbitrariedad. Entonces el problema sube de tono, van y vienen las acusaciones, ya no solamente del camino sino de otros asuntos ajenos al tema principal concluyendo a veces en agresiones verbales y físicas. En este estado de la cusa los afectados recurren al dirigente o el cabildo para que intervenga y procure encontrar una solución. El cabildo convoca a las partes al sitio del problema y utilizando algunas pruebas procura una mediación. También se solicitan las pruebas que puedan ayudar a su esclarecimiento entre otras las huellas de las piedras del camino, los árboles y sus raíces, u otros mojones que siempre existieron, si aún así es confuso se solicita la presencia del anterior dueño para que ayude a esclarecer la existencia del camino, sus dimensiones y su trazado, con esta actuación generalmente se arriba al acuerdo, que incluso se "formaliza" suscribiendo una acta con la firma de las partes en conflicto, el cabildo y de haber testigos que dan fe de lo actuado. Finalmente se acuerda realizar una minga de limpieza del camino donde se aprovecha para *"huyanzar"* el acuerdo arribado son las presencia de las autoridades, donde la paz y tranquilidad se inserta en la armonía comunitaria.

Excepcionalmente se han presentado casos en los que una de las partes no acepta la decisión del cabildo, entonces el que se creyere afectado acude a la asamblea general para su intervención. El mismo cabildo da a conocer la realidad del conflicto de ser necesario nombra una comisión para que presente un informe y en función de ello la asamblea general resuelve mediante votación por la tesis que más legitimación presenta.

Conflictos por el agua

La importancia que adquiere en la actualidad el agua ha llevado a investigadores, científicos, ambientalistas y actores sociales del mundo ha denominar el "oro

azul". Del total de agua que existe en el planeta solo el 3% es agua dulce y de ello solo el 1% es apto para el consumo humano, su escasez es evidente, ya nadie discute que el recurso es ilimitado a diferencia de lo que se sostenía años atrás, incluso hay acuíferos que se van secando, y contrariamente al agotamiento del líquido vital la población crece aceleradamente. Son estas razones de fondo que lleva ha pensar y vaticinar que el recurso preciado del agua será inexorablemente la causa para una tercera gran conflagración mundial.

Así uno de los conflictos más recurrentes que se presentan en las comunidades, entre vecinos y comunas es la disputa por el agua y en los últimos tiempos va siendo más frecuente por la creciente demanda del recurso –explosión demográfica - y paradójicamente la escasez del agua, al extremo que en algunos lugares se extinguen los acuíferos, sumado a todo el proceso de deforestación, quemas y en general destrucción de la naturaleza. Cuentan los mayores que antiguamente la disputa por el agua, fue para regar sus predios, excepcionalmente para abrevadero de animales que requerían determinadas vertientes, más ni remotamente se pensaba en conflictos del agua para uso doméstico por la abundancia del recurso como en la actualidad empiezan a aflorar en varias comunidades del Ecuador, de los Andes y el mundo entero.

El liquido vital constituye un bien preciado para los comuneros, no es gratuito que compañías transnacionales hayan vuelto los ojos a todo el territorio de América Latina ya no pretendiendo en el oro amarillo ni el oro negro, sino en el nuevo oro azul – agua- con el fin de apropiarse, expoliar a las comunidades y obtener jugosas ganancias de un recurso no renovable y ante todo se trata de un bien excepcional e indispensable para pobres, ricos, blancos negros, creyentes y no creyentes a diferencia del metal precioso o el petróleo que el pueblo puede dejar de consumir quedando reservado tan solo para un puñado de gansters que amasan fortunas en el mundo.

En el Ecuador la Ley de Aguas vigente significó un avance significativo, pese a ser promulgada por la dictadura militar de 1973, paradójicamente en el Ecuador las leyes sociales menos lesivas se han dictado en gobiernos de facto. Así entre otras disposiciones que contiene la Ley de Aguas establece que la propiedad del agua no es de quien tienen el dominio del inmueble donde vierte el agua, sino que es considerado

como un bien público de dominio total del Estado, así dispone el Art. 2 de la mentada ley *"Las aguas de los ríos, lagos, lagunas, manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes, y las subterráneas, afloradas o no, son bienes nacionales de uso público, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible; no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación*". Antes de entrar en vigencia esta ley el propietario del inmueble era también dueño de la vertiente de agua, consecuentemente el terrateniente también era agua-teniente. Otro hecho importante de esta ley es la prelación del agua, en efecto se privilegia el abastecimiento a poblaciones para necesidades domésticas, abrevadero de animales, luego para agricultura y ganadería; y finalmente para usos energéticos, industriales, mineros y otros usos, -Art. 36-. Ahora esto no significa que la presente ley tenga falencias, pues si hablamos de inequidades existen en cuanto a los adjudicatarios de las aguas, recordemos que ninguna ley soluciona totalmente el problema y en cuanto a la tenencia de las aguas constituye un hecho histórico que arrastra desde la colonia con todas sus taras y asimetrías sociales abismales que por desgracia hasta la fecha se mantienen, solo para citar un ejemplo: un exiguo grupo de hacendados privilegiados concentra más del 70 por ciento del total de aguas disponible para riego en desmedro de una extrema mayoría que no tiene en algunos casos ni para uso doméstico y peor para riego. Además es lógico suponer que tampoco tienen predios en que regar; en el mismo sentido se puede anotar las enormes lagunas legales existentes en la ley que regula precisamente el agua. Empero la propiedad del agua está en juego, desde inicios de los años 90 hasta la fecha no han cesado los apetitos privatizadores encrespados por partidos de derecha, ultraconservadores y neoliberales, atizados por compañías transnacionales que mantienen fija su mirada en el nuevo oro azul enfilando sus garras para usurpar la fuente natural de vida de los pueblos.

El agua es símbolo de unidad, organización y desarrollo comunitario, desgraciadamente a partir del tercer milenio la humanidad estupefacta y exasperada presenciará la agresión despiadada de multinacionales en la apropiación del agua, inexorablemente el agua se constituirá ineludiblemente en el mayor símbolo de unidad comunitaria para defender lo único que nos queda: la vida.

El agua determina la vida humana

Los asentamientos humanos ancestralmente se han ido ubicando en zonas donde hay agua; las viviendas de los comuneros estuvieron construidas cerca de las vertientes de agua para satisfacer sus necesidades indispensables; más importaba la cercanía de la vivienda a una fuente hídrica que al camino u otro servicio, particular que hasta la actualidad se mantiene, la vivienda se levanta en función a la disponibilidad del agua, al extremo que las Leyes y Ordenanzas de todas las urbes del mundo con sustento en la costumbre milenaria de los pueblos originarios autorizan realizar urbanizaciones para vivienda en zonas que cuenten con el recurso hídrico para su dotación.

La riqueza de los pueblos depende de la disponibilidad del recurso hídrico, donde hay agua, hay canales de riego y consecuentemente buenos pastizales para la ganadería, cultivos agrícolas, buena producción, mejores ingresos, mejor calidad de vida de sus habitantes, así demuestra como las grandes culturas surgieron alrededor del Mediterráneo, el Nilo, Eufrates, Danubio, Mississippi, Amazonas. Asimismo los pueblos se han articulado socialmente en función del agua, los ejemplos sobran, para citar un ejemplo 46 comunidades del Sistema Comunitario de Agua Potable "Proyecto Nero" con jurisdicción en seis parroquias del cantón Cuenca- Ecuador, considerada como modelo de organización comunitaria a nivel nacional, su desarrollo comunitario gira alrededor del agua, que se ha constituido en el motor articulador de todo el proceso organizativo a través de la participación social activa y dinámica. Su mayor patrimonio son las mingas comunitarias que ha posibilitado la construcción de vías, escuelas, capillas, casas comunales, canchas deportivas, dotación de alumbrado público, letrinas, talleres artesanales y actividades productivas que generan empleo, siendo la dotación de agua potable la principal actividad que sirve a más de cinco mil mingueros del Proyecto Nero. Esta organización campesina nació a inicios de la década del ochenta, inicialmente contados comuneros de la parroquia Turi guiados por su ideólogo el padre **Marco Martínez** salieron en brigadas rumbo a los cerros en busca de agua para calmar la sed de toda la parroquia –Turi-Cuenca, luego iban sumando otras comunidades de otras parroquias y con esforzados trabajos y contra

las adversidades del tiempo llevaron el agua recorriendo 40 Km. desde el páramo a sus domicilios y así calmar la sed de miles de mingueros que hoy pese a todas las desavenencias disfrutan del milagro natural en sus casas. Lo anotado refleja el poder que tiene el agua para su movilización, la necesidad mueve montañas, las mingas construyen utopías, las ideas y la acción comunal mueve la sociedad más que cualquier máquina.

Así como el agua es el referente de unidad comunitaria también lo es y será mayormente en los próximos años la fuente de problemas, conflictos, disputas entre comuneros y comunidades; y de estos con las compañías trasnacionales como sucedió en Cochabamba y el Alto de Bolivia que con el líder indígena **Evo Morales** pensamos girará en sentido contrario, es decir los recursos naturales serán para los pueblos como ha sido su propuesta y suponemos que no va cambiar. No obstante la agresión de las transnacionales no cesará en Argentina, Uruguay y más países latinoamericanos y el Ecuador no está exento de los vientos privatizadores. En el congreso nacional hay varias pretensiones de fabricar una ley que abra las puertas a la "inversión privada" en la administración del agua, el municipio de la ciudad de Guayaquil, concesionó por 30 años a la empresa privada Interaguas, los resultados son catastróficos para el pueblo, escasez del líquido vital a una importante población insatisfecha, contaminación del agua, ausencia de control municipal, ineficiencia administrativa, tarifas inalcanzables para los más pobres son entre otras los problemas graves que soporta el pueblo guayaquileño con esta compañía privada, en el mismo sentido camina la concesión a una empresa privada en la ciudad de Machala y otras urbes del Ecuador. Actualmente organismos multilaterales -BID y Banco Mundial presionan al gobierno nacional la tramitación de una ley privatizadora de agua potable, con argucias y sofismas confusos pretenden convencer a las comunidades su intromisión, ilusionan apoyar la modernización del sector agua potable y saneamiento a las comunidades; cuentan con un proyecto de Ley de Agua Potable que precisamente busca el control de los municipios a los sistemas comunitarios de agua en la administración del recurso, violando el derecho de libre determinación de los pueblos –autonomía- y lo que es peor pretende perversamente abrir las puertas a la participación privada en la administración del agua

potable a través de Compañías de Sociedad Anónima – transnacionales- hecho que se encuentra en pleno forcejeo lo que la alertado a las comunidades a reforzar su unidad para defender la vida, en efecto el agua es eso y los pueblos imperativamente defenderán lo que les corresponde por historia, por derecho para si y las generaciones venideras.

Conflictos Intercomunitarios

Los litigios que se observan en las diferentes agencias de aguas del Consejo Nacional de Recursos Hídricos del Ecuador no son sino el reflejo de situaciones de conflictividad social que cada día acrecienta, solo para citar dos casos. El primero suscitado en la parroquia Cumbe-Cuenca, los moradores del centro parroquial que conforman alrededor de 600 familias tienen un servicio deficiente de abastecimiento de agua para consumo humano, su escasez obliga realizar racionamientos y aún así pobladores que habitan en las partes altas no cuentan con el líquido vital. Por otra parte comunidades de Totorillas que agrupan más de 500 familias que habitan en la parte más alta de la parroquia tampòco cuentan con sistema de abastecimiento para consumo humano, motivo por el cual solicitaron la adjudicación de tales vertientes de agua a la Agencia de Aguas de Cuenca, y luego de su tramitación obtuvieron la concesión. Paralelamente al trámite legal de concesión del líquido vital acudieron a empresa municipal ETAPA para que les apoye con los estudios, dirección técnica y financiamiento de la obra, todo esto ocurrió en muchos años de gestión, al fin empezaron a ejecutar las obras de captación, conducción y al evidenciar las obras físicas que se construían, pobladores del centro parroquial de Cumbe se enteraron y el conflicto emergió en forma violenta, armados de machetes y herramientas de labranza destruyeron todas las obras ejecutadas que habían iniciado sus hermanos coterráneos de la parte alta de la misma parroquia ejerciendo un legitimo derecho a acceder al agua para uso doméstico. El centro poblado fundamenta su oposición en la escasez del recurso, razón que les impidió alimentar con más caudal de agua al sistema parroquial, agregan de llevarse todo el agua los comuneros de Totorillas, el río Cumbe se secaría por completo y las epidemias en la concentrada población central sería un hecho y de impredecibles consecuencias, como actualmente ya registra serios problemas ambientales. La razón les asiste

al parecer a los dos sectores, los primeros intentan por primera vez acceder al agua potable y los segundos que tampoco cuentan con agua potable, tiene problemas de escasez y por no secar el río Cumbe no arriesgaron llevar agua de las vertientes que ahora los primeros pretenden captar y conducir hasta sus domicilios. Sin embargo una mediación técnica, social y ambiental podría acercarles a usuarios de la misma parroquia contar con el líquido vital, hasta tanto los enfrentamientos ha llevado a crear heridas que se mantienen frescas y solo el tiempo y la razón podrán borrar. Las autoridades estatales –administrativas- han intervenido en varias ocasiones sin arribar a un acuerdo total, mientras tanto el presupuesto de ambos proyectos se evapora.

Otro conflicto se presentó en la parroquia Octavio Cordero-Cuenca, que para "mala suerte" de sus habitantes cuenta con una mina de mármol que significó la ruina de sus recursos naturales lo que originó el conflicto. A inicio de los años 80s llegó una compañía italiana denominada "Mármoles Santa Rosa" cuyo propietario G. Lamincia pronto tuvo que huir de la comunidad por haber incurrido en un ilícito *"tráfico de drogas"* según se desprende del proceso penal que tiene fallo definitivo, más la compañía quedó en manos de su hijo, quien continuó explotando la mina en forma completamente antitécnica, ocupando predios y vertientes de agua sin autorización legal, peor de los comuneros de Illapamba. Para el procesamiento del mármol, concretamente efectuar los cortes del mineral, la compañía utilizaba 5 lit. /seg.; mientras dos parroquias enteras Octavio Cordero y Sidcay se encuentran geográficamente ubicadas abajo de las minas secaban de sed; hecho que agudizó el conflicto social por el agua. La compañía extranjera prepotentemente valida de poderosas influencias gubernamentales y económicas destruía indolentemente los chaparros y bosques primarios para obtener el mineral, jamás mitigó los impactos ambientales peor reforestó la zona agredida, tampoco intentó compensar a la comunidad con obras de carácter social, solo depredaba la vegetación primaria y despilfarraba el agua para uso industrial sin observar la prelación del agua que privilegia al ser humano como dispone la Ley de Aguas y el sentido común, hecho que provocó la ira de los comuneros, aunque inicialmente a ruego pedían al "gringo" que ayude a la comunidad al menos con materiales para la capilla, escuela,

auténticas "caridades"; cansados de la indiferencia, desprecio y la ofensa extranjera los comuneros se alzaron rebeldemente aflorando toda la fuerza reprimida que tuvieron por más de 23 años, se tomaron las instalaciones de la compañía, cercaron los accesos y luego de un vía crucis transitando por los laberintos judiciales en Cuenca y el Tribunal Constitucional del Ecuador al fin la compañía extranjera tuvo que ceder y así llegaron al siguiente acuerdo: la concesión minera inicial fue para 30 años, reduciendo a 2 años improrrogables y de 100 has. de área concesionada redujo a 50 metros de explotación y otros acuerdos de menor trascendencia como la compensación con mármol, piedra a favor de la comuna Illapamba, los dos sistemas comunitarios de agua parroquial y la junta parroquial, mitigación, reforestación, arreglo de vías entre otras compensaciones ambientales y sociales, el triunfo comunitario es evidente..., las comunidades parodiando al gran puma Cañari fueron todos tranquilos, sencillos y pacientes, al extremo que la compañía se aprovechó de esta mansa actitud atropellando sus derechos, no solo con la indiferencia sino con la agresión a legítimos derechos comunales, más cuando se despertó, como el puma, se alzó en ira comunitaria no habiendo fuerza que pueda detener, ni las ofertas, enjuiciamientos y amenazas pudieron controlar el levantamiento comunitario.

Correctivos

Los casos anotados son apenas una muestra de los conflictos por el agua que cada vez empiezan a surgir con más fuerza, en unos casos internos, en otros externos. Cuando son conflictos internos en la mayoría de casos son resueltos por sus líderes y dirigentes a través de la mediación y excepcionalmente por una especie de arbitraje, para ello se convoca a las partes en conflicto a una o dos sesiones en donde se investiga a profundidad los motivos que originaron el problema y luego se ensayan algunas alternativas o caminos que viabilicen el arreglo y de haber comprensión el acuerdo aflora enseguida, el mismo que es elevado a sentencia con la firma de las partes, el mediador y testigos de haberlos. Cuando los conflictos rebasan comunidades y parroquias se suele contar con la participación del sacerdote, teniente político o presidente de la junta parroquial, que en muchos casos han sido elementos gravitantes en los acercamientos de las partes y su posterior solución.

En la comunidad Ducur Cañar, surgió dos grupos de comuneros dentro de una misma junta administradora de agua, unos exigían la igualdad en las cuotas, tarifas, cumplimientos de mingas; mientras los otros demandaban agua en forma continua, el problema radicaba en que los habitantes que tenían sus domicilios en zonas geográficamente altas carecían de agua al parecer porque quienes habitaban en las partes bajas utilizaban el agua para regadío lo que impedía que el agua llegue a zonas altas, el sistema comunitario poco a poco se fue deteriorando por la desunión de los comuneros. La directiva implementó medidas correctivas más rigurosas para evitar el uso incorrecto del agua, pero en las noches continuaban regando los potreros, hasta que luego de varios intentos consiguió la directiva que la asamblea apruebe colocar medidores y quienes no aceptan tales sistemas de micromedición cancelen una mensualidad de veinte dólares sin importar los metros cúbicos de consumo, esto puso fin al conflicto y hoy cuentan con un sistema comunitario de agua altamente eficiente y eficaz.

Antes había abundante vegetación natural consecuentemente el agua no faltaba, para todos los requerimientos incluso se desperdiciaba, en la actualidad el agua es escasa y con el paso del tiempo será más crítica, con el agravante que la demografía avanza incontenible-mente lo que va creando una conciencia de ahorro del agua, por ello en los sistemas comunitarios de agua potable se van impulsando la instalación de medidores. Antiguamente la provisión del agua por los comuneros fue directamente de los ríos, riachuelos y vertientes que no faltaban. Sin embargo las familias iban creciendo y concentrando de asentamientos humanos lo que obligó a instalar bombas manuales de extracción de agua subterránea; los comuneros hacían filas los días feriados para obtener en sus baldes, cantarillas y barriles el agua para satisfacer sus necesidades domésticas, recién a finales de los años setenta del siglo pasado nació la idea de entubar el agua.

Los apoyos financieros externos venían desde Europa y CARE internacional canalizaba los recursos para programas de agua y saneamiento, su propuesta fue continuar instalando bombas manuales de extracción de agua subterránea, fue el ingeniero **Galo Ordóñez Espinoza**, investigador de la Universidad de Cuenca-Ecuador, que había laborado para algunos organismos internacio-

nales entre otros la OPS, quién guardando coherencia con sus investigaciones propuso a los responsables de CARE aplicar un sistema de agua mediante redes de distribución en poblaciones rurales y con el apoyo técnico de ETAPA, más las mingas comunitarias ejecutaron el primero proyecto de esta naturaleza en las parroquias Victoria del Portete y Tarqui, Cuenca- Ecuador- obteniendo una experiencia para contar.

El principio filosófico que prima para arribar a los acuerdos en los conflictos generados por el agua es que este recurso al ser una bendición de la naturaleza hay que compartir entre hermanos, nadie debe morirse de sed junto a la fuente, se sostiene en el mundo indígena que *"cuando llueve a todos moja"* en consecuencia desde tiempos inmemoriales el agua y la candela no se vende... se convida e históricamente se han constituido en auténticos íconos de amistad, solidaridad y fraternidad comunal, hecho que en la actualidad debemos reivindicar su vigencia como única opción válida para disfrutar de las bondades que nos ofrece la madre Gea, no sin razón **Martin Luter King** sentenció: *"aprendamos a vivir juntos como hermanos caso contrario moriremos juntos como idiotas"*, en fin el agua para los pueblos indígenas es sinónimo de unidad y bienestar colectivo.

Legitimidad de autoridades indígenas

Es necesario destacar dos hechos importantes en la administración de justicia indígena, el primero se refiere a las autoridades de justicia y su legitimidad, así el mayor pesa más que el joven, el casado que el soltero, el varón respecto a la mujer, aunque relativamente, no son pocas las mujeres líderes que llevan sobre sus hombros el destino de la comunidad.

Los mayores infunden respeto, autoridad, admiración, no faltan razones, en sus canas afloran sabiduría, no es gratuito su sapiencia, es fruto de una experiencia acumulada, resultado de errores cometidos, por eso conviene haber cometido un error que no haberlos cometido nunca, así errar es de humanos, rectificar de sabios, reiterar de necios. Cada error es una experiencia, una experiencia un conocimiento, por ello cuando pierdas no pierdas la lección, aconsejan los mayores que siempre orientan, recomiendan transitar por el sendero correcto, ello no significa que se desprecie a los jóvenes que se encuentran también ávidos de aprehender, llenos de curiosidades. A propósito **Alberto**

Einstein en una charla dirigida respondió a un grupo de jóvenes: *"no soy ningún genio ni superdotado soy apenas un apasionadamente curioso"*, el joven líder posee mucha creatividad, perseverancia, elementos claves para una buena dirigencia, y de hecho existen comuneros que muy tempranamente asumen la dirigencia pero inician por cargos menores, generalmente de secretarios, vicepresidentes por su capacidad de diligencia en convocar, invitar a reuniones, asambleas, mingas, anotar las actas, y ser elementos de apoyo en la dirección comunitaria hasta arribar a puestos estelares.

Asimismo el casado tiene mayor respaldo de los comuneros que el soltero, se dicen que al formar un hogar se estabiliza económicamente, emocionalmente, la vida enseña los caminos a recorrer, afrontar las adversidades y aprovechar sus bondades, también los casados tienen más independencia para actuar frente a la dependencia de los solteros con respecto a sus progenitores y lo que es más, el casado empieza a palpar las necesidades, esto le motiva y afina su intelecto para encontrar las respuestas ante las demandas sociales incluso sacrificar más por la comunidad, conciente de la necesidad imperiosa de organizados alcanzar el bienestar.

Finalmente los varones pesan más que las mujeres, aclarando que no es en función de la capacidad, sino más bien por las circunstancias que impiden a las mujeres contar con tiempo disponible para la dirigencia; la labor sacrificada de crianza de los niños y otras de la casa impide acceder a los cargos directivos. Sin embargo, esto no es una regla, hay muchos casos en los que las mujeres ejercen un gran liderazgo a nivel comunitario formadas desde las bases en comunas, seguro campesino, sistemas comunitarios de agua y juntas parroquiales, concejalías, alcaldías, ministerios,

Es preciso subrayar que son las mujeres quienes tiene más criterio y carisma para aconsejar a los hijos desde niños, tienen dotes de excelentes administradoras de los bienes y recursos de la familia y por sindéresis de las comunidades.

Finalmente las mujeres se encuentran más cerca y en forma constante en contacto con la tierra realizando labores agrícolas, pecuarias, son las que laboran y dirigen las mingas de limpieza de canales de riego, obras sanitarias y más labores comunitarias acelerados en los últimos años por una sistemáticamente migración interna y externa que ha conducido a los varones a emigrar de sus campos cediendo la dirigencia a

sus mujeres que lo han asumido igual y mejor que sus cónyuges, con la diferencia que lo hacen con más amor a sus hijos y a la tierra.

Acciones preventivas

Como dejamos anotado un elemento importante de la justicia indígena es la acción preventiva que las autoridades impulsan para evitar las infracciones comunales. Los progenitores, fundamentalmente sus mamás educan a los hijos desde muy pequeños, enseñan valores de honestidad, reciprocidad, laboriosidad, respeto, comedimiento. El ejemplo es la clave para enseñar a los menores, al momento de alimentarse, de descansar, incluso mientras laboran los mayores cuentan los casos ocurridos con los ociosos, ladrones, resabiados, mentirosos no como amenaza sino como orientación y prevención, así los menores van asimilando el comportamiento de sus progenitores y de jóvenes ejercen sus derechos y deberes por adhesión. Sin embargo no faltan jóvenes que por las circunstancias adversas a su desarrollo infantil como indicamos en líneas anteriores cometen actos contrarios a los preceptos y normas comunitarias, siendo sujetos de juzgamientos y luego de los correctivos que se adoptan surge otro elemento fundamental en la justicia indígena que es el seguimiento al infractor, la comunidad hace hasta lo imposible para que se cure de la enfermedad social que adolece para que su comportamiento guarde armonía con el resto de los comuneros y también para que no sea un elemento que cause daño a la comunidad, puesto que de no corregir su conducta, ésta puede ser contagiada a quienes es encuentran cerca del infractor. Entonces las autoridades no dejan abandonado al comunero infractor sino en forma inmediata, recordemos que el correctivo no tiene prisión ni reclusión peor, cadena perpetua, por tanto la comunidad apoya anímicamente y materialmente, se le invita a las reuniones, se le hace participar activamente en la comunidad a fin de hacerle sentir bien, para que cambie su conducta por un bien vivir, bien actuar, incluso los progenitores ofrecen una celebración social y la comunidad hace un reconocimiento público encargando un cargo directivo al comunero, manteniendo un seguimiento constante procurando alejar definitivamente de la enfermedad social y la reinserción al equilibrio comunal.

J

I
r
s
c
j
t
(

CAPITULO DUODECIMO

Medios alternativos de administración de justicia

A lo largo y ancho de la América India se ha buscado entender, describir y calificar a los sistemas normativos no oficiales, es decir a los que no han sido reconocidos por el Estado, en la medida que su realidad se impone, utilizando categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica. En este esfuerzo se han utilizado varios términos, unos que reivindican los sistemas jurídicos no estatales y otros que se van incorporando a la normativa oficial. A este conjunto de nuevas opciones o formas de administrar justicia se les denomina medios alternativos de solución de conflictos, que empiezan aunque muy levemente a ser considerados como respuesta a una justicia cada vez más desconfiada, lenta, conflictiva y beligerante que el derecho liberal legalista y positivo lejos de resolver los problemas, atiza la llama litigiosa, complica y enreda más la telaraña jurídica con exagerados formalismos legales y la cultura litigiosa de la sociedad reflejada inductivamente desde las aulas universitarias en la formación de profesionales del derecho hasta los juzgados llamados a administrar justicia. Para evidenciar lo manifestado en el Ecuador existen 134.725 cuerpos legales, dato proporcionado por la Fundación Lexis consistentes en decretos supremos, decretos ejecutivos, leyes, reglamentos, acuerdos ministeriales, ordenanzas municipales, ordenanzas provinciales, de los cuales más del 70 % se encuentran plenamente vigentes más no siempre aplicables, así por ejemplo el Art. 383 y 384 del Código Penal sanciona con prisión de hasta tres años a los "vagos" y los define como *"los que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia , y los que, sin enfermedad o lesión que les imposibiliten, no ejercer habitualmente el oficio o profesión"*, bajo este criterio el 20% de desem-

pleados en el Ecuador tendría que ir a sombrear 3 años en la cárcel. El Art. 481 del mismo Código Penal tipifica el "duelo" como delito y se sanciona con prisión de 15 días a tres meses y multa de seis a dieciséis dólares. El Decreto Presidencial de 1831, regula a los burócratas que no se posesionan en el tiempo previsto perderán el puesto. La Ley de Pesas y Medidas vigente desde 1974 dispone que los ecuatorianos debemos aplicar el Sistema Internacional de Unidades, ratificado por la Comisión Codificadora en abril de 2005, así de no aplicar la abreviatura 1MUSD (un mega dólar) en vez de un millón de dólares o no utilizar el newton como medida de peso y el kilogramo como masa, hecho que sanciona con el decomiso de los artículos de expendio, la multa hasta 2.000 dólares y la clausura del establecimiento, tal como establece el capítulo VI. La Fundación Lexis ha indagado algunas leyes completamente inaplicables como aquella que en 1935 fija en 0,80 sucres el precio de litro de aguardiente para el agasajo de trabajadores voluntarios participen en las mingas para obras de interés nacional. En 1941 se dicta un Decreto Supremo con el número 206 que asigna al colegio Bolívar de Ambato el impuesto de cada quintal de sal que se venda en Tungurahua. Además se regula los monopolios del tabaco, la sal, el alcohol, en función a la realidad histórico social de aquellos tiempos donde la sal llevó a conflictivizar a la sociedad ecuatoriana, donde las autoridades estatales tuvieron que afrontar levantamientos indígenas en la serranía ecuatoriana, igual situación ocurrió con el aguardiente que fue ilegal entonces su comercialización, los gobiernos estatales endurecieron las penas y los controles, multiplicaron los guardas del estanco más no había fuerza que los detenga, los arrieros por los pajonales, chaquiñanes y a la madrugada empujados por la necesidad de alimentar a sus hijos a riesgo de ser abatidos no cesaban en sus labores, hasta que el gobierno reconoció su insensatez y legalizó la venta libre del alcohol, igual despenalización debería hacer de la venta de la coca, el aborto el coyoterismo entre otros hechos o actos que por estar penalizados en nuestra legislación se vuelve extremadamente lucrativo y apetecido por inescrupulosos que se aprovechan de la ingenuidad de muchos y necesitados.

Para muestra basta un botón, todos estos cuerpos legales constituyen una red que enreda la maraña legal se contradicen unas con otras, hay normas implícitamente extintas

que resucitan de acuerdo a las conveniencias de los litigantes, en definitiva lleva a un caos jurídico que imposibilita arribar a una justicia rápida, expedita y auténtica. Son estas y otras razones de peso y fondo que la comunidad se aleja del esquema formal estatal litigioso y busca otros medios para la solución de sus conflictos.

Los medios alternativos para solución de conflictos según el **Dr. Bolívar Jiménez**, ex Director del Centro de Mediación ABYA YALA define como *"mecanismos que, amparados en la Constitución y la ley, pero independientes de la función judicial ordinaria, tienen como propósito llegar –con la asistencia de un tercero idóneo- a la solución satisfactoria de un conflicto de posiciones e intereses, la misma que, sometida a un Centro de Mediación o Arbitraje legalmente constituido y reconocido, tiene la fuerza y el carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada"*. Agrega el mediador que los medios alternos de solución de conflictos se caracterizan por romper con las fuentes del derecho tradicional; las voluntades de las partes contrarias aparecen como una nueva fuente del derecho; democratiza la administración de justicia; transforma a la cultura litigiosa en una cultura del diálogo y conciliación, entre otros.

En el Ecuador la Asamblea Constituyente dio una nueva carta política a la nación, vigente desde el 10 de agosto de 1998, que permite el paso a formas alternativas de administración de justicia, así consagra algunos derechos en el Capitulo Quinto de los **Derechos Colectivos** que divide en tres secciones, la primera referente a los pueblos indígenas y negros o afroamericanos, la segunda sección a la del medio ambiente y la tercera sección a la de los consumidores como quedó indicado en capítulos anteriores y más precisamente en el Título VIII de la Función Judicial, artículo 191 que establece: *"El ejercicio de potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.*

De acuerdo con la ley habrá **jueces de paz**, *encargados de resolver en equidad conflictos individuales*, **comunitarios o vecinales**.

Se reconocerá el arbitraje, **la mediación y otros procedimientos alternativos** *para la resolución de conflictos, con sujeción a ley.*

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".*

Como podemos notar la carta política de la República del Ecuador menciona los términos *"costumbre y derecho consuetudinario*", además *"jueces de paz", "mediación" y "otras formas procedimientos de resolución de conflictos"* incluso llegan a declarar que los pueblos indígenas a través de sus autoridades tienen facultades para administrar justicia. Sin embargo esto no deja de ser una ficción legal toda vez que la misma Constitución seguidamente "*lo que da quita"* creando una trampa jurídica al agregar *"siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes"* dejando explícitamente inválida la romántica declaración. Ahora para que pueda aplicarse mínimamente la CONAIE en el año 2001 propuso al Congreso Nacional un proyecto de Ley de Justicia Indígena para su conocimiento y tramitación, desventajosamente hasta la fecha no existe respuesta alguna.

En toda América Latina existen declaraciones constitucionales, con excepción de Chile, país en el que el Congreso aprobó la Ley Indígena Nacional en el año 1987, la excepción confirma la regla.

La mediación una opción de justicia

La mediación es la solución pacífica de controversias consagrada en la Carta de las Naciones Unidas. En la primera conferencia de Paz de la Haya, celebrado en 1899, en la que se suscribió la convención para la solución pacífica de las disputas internacionales y que dio la creación de la Corte Permanente de Arbitraje. Luego de la segunda conflagración mundial se estableció en el Art. 33 del estatuto indicado, la mediación la negociación, la investigación y conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales y otros medios pacíficos.

En la legislación ecuatoriana un tanto secundaria aparece la mediación dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación expedida un año antes que la Constitución Política del Ecuador (junio de 1998 y vigente desde el 10 de agosto del mismo año), promulgada en el Registro Oficial número 145 el 4 de septiembre de 1997.

La ley ecuatoriana hace una diferencia implícita entre media-

ción profesional y mediación comunitaria, que ahora procuramos aclarar.

Mediación profesional

La ley no da un calificativo a esta mediación, simplemente habla de mediación; pero es necesario dar una denominación y por ello podemos denominar profesional debido a los requisitos que debe cumplir tanto el centro de mediación, previo a su aprobación o legalización por parte del Consejo Nacional de la Judicatura, como el profesional que desempeña como mediador, el instructivo indica otros requisitos reunir un mínimo de 70 horas de capacitación profesional, además poseer un aval académico superior y el registro en un centro de mediación autorizado.

Gustavo Jalkh define a la mediación como *"un proceso alternativo por el cual un tercero neutral intenta a través de la organización entre las partes de un conflicto permitirles a estas confrontar sus puntos de vista y buscar con su ayuda una solución al problema que los opone"*

El artículo 43 de la mencionada ley define la mediación como el *"procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidos por un tercero neutral llamado mediador, procura un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto"*. Así de la definición se desprende que se trata de un medio alternativo de solución de conflictos, empero no es el único medio de alcanzar la resolución de controversias sino que además encontramos: el arbitraje, la conciliación, la transacción y otros, por lo tanto necesario es hacer una distinción:

Arbitraje

El arbitraje es una figura jurídica en la que dos partes en conflicto acuden voluntariamente a un tercero imparcial para que dirima y ponga fin a un conflicto a través de un laudo arbitral que equivale a una sentencia. El Art. 1 de la ley de Arbitraje y Mediación establece *"... es un mecanismo alternativo de solución de conflictos a los cuales las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se formaren para conocer dichas controversias"*.

Conviene anotar que en el Ecuador hasta antes de 1939 solo era posible someterse a arbitraje en el

ámbito comercial, y luego al haber sido derogada esta ley de arbitraje comercial se abrió a otros campos, además con ello se derogó un conjunto de disposiciones que contempla el Código Civil Ecuatoriano, la Ley Orgánica de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público entre otras.
El arbitraje tiene varias formas de aplicación: voluntario, forzoso, jurídico, nacional, internacional, además encontramos una variedad por la materia que se sometan a arbitraje.
En definitiva el arbitraje es un medio alternativo de poner fin a un conflicto confiando en la capacidad de un tercero llamado árbitro o tribunal que expide una resolución llamado laudo arbitral, que no permite recurso alguno por consiguiente este laudo es definitivo, con la salvedad de la acción de nulidad. Ya anotamos que el arbitraje puede ser nacional e internacional y sobran ejemplos de este tipo, el más familiar para los ecuatorianos es aquel que puso fin al conflicto bélico entre las hermanas repúblicas del Ecuador y Perú.

Conciliación

Es un acto jurídico entre dos o más partes en conflicto que con la participación de un tercero o no, se arriba a una solución.

Para Gonzaíni la conciliación puede surgir de dos maneras: O provenientes de un acuerdo de voluntades que encuentran puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrentan sin que para ello intercedan; o también de la actividad dispuesta por otro en miras a aligerar las tensiones y desencuentros entre las partes. En el primer caso estamos ante una conciliación resultante de actitudes libres y privadas. En el segundo caso nos encontramos ante un tercero que puede ser impuesto por la ley (juez) o también elegido voluntariamente.
La conciliación en la legislación ecuatoriana está prevista en la ley, que surge inmediatamente luego de haber sido trabada la litis con el objeto de intentar concluir el proceso ayudado por el juez. En consecuencia se practica en el proceso judicial, al extremo que es una diligencia imperativa en los juicios civiles, laborales, administrativos y actualmente con el nuevo código de procedimiento penal se puede conciliar hasta en determinados procesos penales que no rebasen o afecten intereses o derechos de terceros y no comprometan por su gravedad a la sociedad misma, así dispone el Art. 372 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano: "*Admitida y citada la acusación particular, los jueces convocarán*

a una audiencia de conciliación. Por acuerdo entre acusador y acusado el juez puede designar un amigable componedor para que realice la audiencia de conciliación.
Si se logra la conciliación termina el proceso y deberán cumplirse lo que las partes acuerdan". En la práctica los jueces se limitan a enunciar esta opción antes de fijar la audiencia, sin determinar ante que centro de mediación o profesional deben asistir las partes para procurar un arreglo.
Nuestra legislación considera como sinónimos a la conciliación extrajudicial con la mediación, así establece el Art. 55 de la Ley de Mediación y Arbitraje, sin embargo en estricta rigurosidad jurídica tiene su diferencia, la primera es una diligencia procesal imperativa en el juicio, la mediación es un procedimiento extrajudicial, autónomo y voluntario.

Transacción

El articulo 2348 del Código Civil Ecuatoriano define así "*La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*". Entonces la transacción no es el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho sino que además puede constituir un título declarativo de derechos o puede ser constitutivo.
La transacción como contrato tiene las siguientes características: Consensual, bilateral, oneroso, generalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio, principal, nominado, intuito personae.
Por regla general todo es transigible, quedando prohibidos determinados acuerdos. El **Dr. Vladimiro Villalba** ha sintetizado en los siguientes actos que no cabe la transacción:
1. Derecho de percibir alimentos Art. 2353 del Código Civil. Puede versar la transacción sobre el monto de la pensión o sobre pensiones atrasadas Art. 362, 363, 364 del Código Civil.
2. Sobre pactos de sucesión futura que son:
De renuncia a una sucesión futura
De disposición a una sucesión futura.
De institución de heredero
3. Sobre el estado civil; pero si puede transigirse las consecuencias derivadas de esa calidad tal como prescribe el Art. 2352 del Código Civil
4. Sobre la validez del matrimonio, aunque si es posible sobre efectos de la sociedad conyugal
5. Sobre bienes ajenos o que no existan Art. 2354 del Código Civil
6. Sobre delito, cuasi delito, dolo

o culpa a futuros. No extingue la acción pública
7. Cabe en los delitos que solo pueden juzgarse mediante acusación particular
8. Sobre dominio de locales individualizados de inmuebles, que no están sometidos al régimen de propiedad horizontal.
9. Sobre actos que sin reunir los requisitos propios de la promesa tiendan a generar obligaciones de un hacer jurídico o que constituyan desmembraciones de inmuebles ubicados en el sector urbano conforme prohíbe la Ley de Régimen Municipal
10. Sobre adjudicaciones de bienes o partes de los mismos que sea objeto más bien de partición
Finalmente el efecto más apetecido de la transacción es lo que consagra el articulo 2362 del Código Civil tiene el efecto de cosa juzgada en última instancia, no obstante podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión conforme establece los artículos precedentes
Así la legislación ecuatoriana reconoce la transacción y define un contrato en cuya virtud las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual; Situación parecida sucede con la forma de regular y establecer el efecto del desistimiento Art. 373 al 390 del Código de Procedimiento Civil, del allanamiento Art. 392 al 394 del mismo Código Adjetivo; también encontramos situaciones de regulación sobre la materia que revisamos en otros cuerpos legales como el Código del Trabajo, Código de Comercio, Código de Procedimiento Penal, entre otros.
Conviene precisar que la transacción en rigurosidad jurídica no es propiamente un medio alternativo de administración de justicia sino un instrumento muy usado en la actividad mercantil-comercial.

Importancia de la mediación

La importancia de la mediación radica fundamentalmente en sus ventajas que ofrece y va desde lo que recibe el titular –individuo- hasta el retorno a la armonía social.

Partes en conflicto

El procedimiento es muy sencillo, el proceso tiene inmediatez, celeridad o lo que en el argot forense se conoce como la economía procesal, es económico, confidencial, voluntario, flexible y lo más importante hay tranquilidad, calma, paz interna y externa, ahorro de energías para asuntos trascendentales, las partes evitan gastar tiempo y dinero en pueriles reclamos que conlleva angustia, sufrimiento, desgaste psicológico del litigante y sus familiares cercanos.

Función judicial

La mediación ayuda a descongestionar los procesos en los juzgados y salas que muchas de las veces son completamente intrascendentes y otros se inician pero luego de muchos años son abandonados, mientras que los demás expedientes se encuentran en un dulce y polvoriento sueño, el sistema no les permite a los jueces despachar conforme dispone la ley, esto es con suficiente celeridad e inmediatez, la carencia de recursos económicos no le permite al Estado crear más juzgados con el agravante de contar con una abundante o mejor dicho exagerada legislación existente en el país 134.725 cuerpos legales que en vez de simplificar los juicios le transforma en ovillos legales deshilvanables, por consiguiente esta opción o alternativa indudablemente alivia la pesada carga de juicios que hay por resolver, no faltan razones para repetir aquel viejo aforismo jurídico: *"justicia que se dilata deja de ser justicia"*; con ello la deuda que mantiene la función judicial con la sociedad es evidente y la mediación si ayudaría a atenuar los males del sistema jurídico.

Sociedad

La mediación es eminentemente conciliadora, seguro que permite crear y cultivar una nueva cultura: la del diálogo; propone el cambio de actitud de las personas hoy caracterizados por la beligerancia, el capricho y la venganza que confunde y corroe a la justicia incluso haciendo suponer que la justicia es igual que la venganza. Así en la actualidad la ciudadanía inserta en una cultura litigiosa induce imperativamente a iniciar demandas completamente inútiles y estériles que terminan muchas veces en tragedias. La mediación al menos alentaría crear nuevos espacios de diálogo y equilibrio social reivindicando los principios de respeto, condescendencia, ética y mancomunidad social.

Personas que acceden a la mediación

El Art. 44 de la Ley de Mediación establece las personas que pueden someter al procedimiento de mediación, siendo estas tanto personas naturales como jurídicas, públicas o privadas, siempre que tengan la capacidad legal para transigir. El legislador desconocemos si fue por olvido, desconocimiento o criterio excluyente no consideró a las comunidades jurídicas que no son ni públicas ni privadas sino colectivas, comunitarias, a pesar que estos colectivos sociales se encuentran amparados

por los derechos colectivos o difusos consagrados en la Constitución Política del Ecuador.

Maneras de acceder a mediación

El Art. 46 de la Ley de Mediación establece 3 formas de acceder a la mediación:

1. Por convenio escrito entre las partes

Cuando explícitamente las partes suscriptoras de un acto han estipulado someterse voluntariamente a mediación en caso de surgir desavenencias. En la práctica al firmar un convenio, contrato que no es cumplido por una o las dos partes, o simplemente no haya satisfacción de una de ellas, se acuerda en caso de surgir controversias someterse a un centro de mediación, sin perjuicio de haber agotado la justicia ordinaria.

2. A petición de parte

Esta posibilidad surge cuando uno de los que se siente perjudicado por un acto o hecho antes de iniciar una acción judicial acude a un centro de mediación a solicitar sus servicios, aclarando que no es necesario haber estipulado cláusula alguna para recurrir a esta opción, es más cuando el contrato es verbal o informal mal pudo dejarse expresamente determinado la forma de resolver la desavenencia.

4. Por derivación judicial

También es factible acceder a la mediación cuando el juez ordinario en cualquier estado de la causa por propia iniciativa -de oficio- o a petición de una de las partes el juez civil, laboral, incluso penal en los casos de los delitos de acción penal privada que permite el Código Adjetivo Penal ecuatoriano, derive a un centro la posibilidad de arribar a un acuerdo extrajudicial.

Clases de mediación

Encontramos una variedad de mediaciones, según la materia, por el lugar, el contenido y la especialidad

Por la **materia,** la mediación puede ser: laboral, tránsito, familiar, civil, administrativa, penal, etc. Aquí conviene anotar que por regla general toda controversia es sujeta a mediación, la ley así lo prevé. El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que es posible mediar todo conflicto que verse sobre materia transigible; entonces más bien conviene anotar que casos no es posible mediar, pudiendo señalar los crímenes graves, es decir aquellos delitos de acción penal pública, homicidios, ase-

sinatos, violaciones, desfalcos, peculados, cohechos y otros similares; así como los derechos del trabajador considerados irrenunciables, aportes al IESS, entre otros que anotamos al analizar la transacción.

Por el **lugar**, tenemos la mediación local, nacional e internacional.

Por su **contenido**, la mediación puede ser total o parcial

Por la **especialidad**, profesional y comunitaria

Efectos de la mediación

El efecto de la mediación tiene singular importancia, puesto que el recurrente a más de satisfacer su solicitud requiere seguridad jurídica del acuerdo y esto se encuentra garantizado en el tercer inciso del Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dispone: "*El acta de mediación en el que conste el acuerdo tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía del apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo que las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación*".

Como se desprende de la disposición citada toda acta de mediación tiene la equivalencia de una sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, es una resolución en firme, de última instancia, que no se puede reveer por ninguna razón lo único que podrá solicitarse es aclaración o ampliación al acuerdo arribado, más los recursos están agotados y no procede acción alguna -recurso de apelación, casación- por ninguna de las partes en todos los casos o controversias, con excepción de lo que dispone el último inciso del Art. 47 del mismo cuerpo legal que dispone "*... En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contendidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos de las materias*".

Procedimiento de la mediación

Las etapas de la mediación se resumen en 6 pasos sencillos:

1. Solicitud, la persona que se creyere afectada en su derecho o interés acude a un Centro de Mediación en la que hace constar sus nombres y apellidos así como el de la parte "contraria" anotando una sucinta narración del hecho que generó el conflicto y en concreto cual es su aspiración.

2. Designación del mediador, el Centro de Mediación una vez recibida la solicitud, designa al mediador que se hará cargo de este proceso, el mismo que luego de estudiar el caso procede a invitar a la otra parte.

3. Invitación a mediar, sin más formalidades el mediador asignado por el centro, procede a invitar a la otra parte para que acuda en forma directa o acompañado de un profesional del derecho, para lo cual señala fecha y hora para la audiencia. A veces la otra parte no acude a la primera invitación, entonces se vuelve a invitar señalando nueva fecha y hora procurando ser flexible en el horario.

4. Audiencia, con la presencia de las partes en conflicto, el mediador realiza una introducción muy clara y amigable, pidiendo al solicitante de la mediación realizar una concreción del conflicto, luego prosigue la otra parte y fruto de este diálogo guiado por el mediador van surgiendo los acuerdos parciales en función de las aspiraciones de parte y parte hasta concretarse en un acuerdo a veces parcial y en otras totalmente. A veces es necesario realizar la audiencia en dos o más momentos por falta de elementos suficientes que ayuden a aclarar y concretar el acuerdo o simplemente el problema surgido es complejo.

5. Acta –sentencia- las propuestas siempre salen de las partes, el mediador lo que realiza es orientar, facilitar, sintetizar, condensar las aspiraciones y los acuerdos se traducen en documento por escrito que es la sentencia, suscrito por las partes y el mediador. Talvez es necesario indicar que el mediador debe ser muy tolerante, constructivo e imaginativo por antonomasia y podría tener como referencia las siguientes orientaciones:

a.- Aunque las partes pierdan la cabeza, intente equilibrar las emociones con la razón. Si dos cabezas son mejores que una, una tiene que ser mejor que ninguna.

b.- Puede que las partes actúen súbitamente, trate de entenderlos. Esto no implica estar de acuerdo con ellos, pero la comprensión puede darle mayores instrumentos para persuadirlos.

c.- A veces las partes actúan unilateralmente, consúltelos antes de tomar decisiones o actuar sobre asuntos que los afecten. Y escúchelos. La consulta puede ayudar a obtener información relevante.

d. - Sin necesidad de confiar en ellos, sea digno de confianza. Confiar en ellos requiere de riesgo.

e.- Aunque ellos utilicen la coerción, manténgase abierto al razonamiento. Si usted no está dispuesto a reconocer argumentos razonables no espere que ellos escuchen a usted.

f.- Aunque ellos intenten despreciarlos, tráteles como alguien digno de consideración y con derecho de tener opiniones diferentes.

6. Seguimiento, luego del acuerdo suscrito, el centro de mediación tiene la obligación de hacer un seguimiento a las partes a fin de que se cumpla el acuerdo y de ser necesario ayudar aliviar las desavenencias hasta alcanzar la armonía natural.

Mediación comunitaria

El legislador al parecer intentó sintonizarse con la realidad social comunitaria que por más que se pretenda desconocer su existencia, ésta se encuentra presente y se resiste a desaparecer. Ahora este tipo de mediación está dirigida a colectivos humanos, comuneros que viven en comunidades indígenas, afro americanas y campesinas. Algunos doctrinarios suelen conocer a la mediación comunitaria como "*mediación ciudadana o en equidad*".

En el Ecuador y el Perú se reconocen la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos en armonía con lo que dispone el Art.191 de la Carta Política del Estado.

La mediación comunitaria se encuentra regulada en el Título III de la Ley de Arbitraje y Mediación y está compuesta de apenas dos artículos que prácticamente asimila a la mediación profesional. Para ser más precisos transcribimos el Art. 59 de la mentada ley que se refiere a la capacidad para establecer centros de mediación:

"*Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aún con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente ley.*

Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitaria tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en los procedimientos de mediación establecida en la ley.

Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socioeconómicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas"

Nuevamente en el tema de la mediación comunitaria, el sector indígena resulta un apéndice en esta legislación, solo sirven para ser contados, no cuentan en la sociedad, quizá ello explica la falta

de profundidad en el tratamiento y consecuentemente en la legislación de la mediación comunitaria, el desconocimiento de realidades sociales concretas ha hecho de este cuerpo legal absolutamente incipiente; otro hubiese sido el resultado si la ley fue fruto de una convocatoria amplia a los sectores comunitarios indígenas y también a la ciudadanía no indígena que sin ser o pertenecer a las etnias o nacionalidades indígenas, de hecho tienen interés en aportar visiones y criterios validos para ayudar a encontrar un mecanismo apropiado y viable a fin de solucionar conflictos o problemas existentes no solo en el interior de las comunidades indígenas sino también fuera de ellas y precisamente lo que se anhela es la articulación de los sistemas jurídicos diversos para extrayendo la esencia de la interculturalidad encontrar el remedio a las enfermedades sociales imperantes en la sociedad con predominio de valores de una cultura occidental decadente que irreversiblemente tendrá que ceder paso a nuevas formas de administración de justicia y el sistema jurídico indígena sea reconocido, respetado y proscrito para siempre la persecución y castigo como atenuante a los criminales crímenes cometidos contra los pueblos indios.

Jueces de paz

Algunos juristas suelen denominar también al juez de paz como juez de hecho, juez municipal, quizá considerando que no requiere de mayores exigencias formales para su designación o por su origen.

Guillermo Cabanellas define al juez de paz como *"El que, teniendo por función principal conciliar a las partes, es competente para entender además en las causas y pleitos de ínfima cuantía, y por procedimiento sencillo y rápido"*.

En España antiguamente el juez de paz era el alcalde de un pueblo. Los ciudadanos que tenían conflictos de ínfima cuantía como injurias, deudas pequeñas acudían al juez de paz para encontrar la solución a sus conflictos y en el resto de acciones legales en forma previa a deducir las demandas debían pasar por el juez de paz. El nombre de juez de paz se designó en España hasta 1870, fecha en la cual fue sustituido por juez municipal, y nuevamente en 1944 fue resucitado hasta la fecha que existen los jueces de paz cuyas funciones son parecidas a las que inicialmente tenían, estos son juzgamientos de cuantía menor, conocimiento en primera instancia de los pleitos, entre otros.

Con la **Legislación de Toledo**, se creó los *"alcaldes ordinarios"* a los que se denominó los alcaldes de hermandad para las zonas urbanas y *"jueces pedános"* para la zona rural, para juzgar solamente las relaciones entre indígenas.

Los alcaldes de hermandad tenían competencia para juzgar las relaciones jurídicas entre los indígenas conocidos también como naturales y los españoles, o entre estos últimos.

Es necesario indicar que no era requisito para ser juez tener conocimientos elementales y peor versados en derecho, a lo que los ciudadanos recurrían para encontrar la solución de sus conflictos en forma ágil y sencilla.

La designación de juez de paz o justicia de paz fue tomada del derecho francés y no de la legislación española como se cree, ahora vale aclarar que la misma no es originaria de Francia, sino de Holanda solo que fue divulgada en Francia por **Voltaire**.

En la mayoría de los países de la América India los jueces de paz son generalmente nombrados por el ejecutivo y tiene pequeñas variaciones en sus denominaciones, competencias y jurisdicciones.

En México, los jueces de paz son designados por los Tribunales de Justicia conforme establece la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia, facultando a los jueces de paz las siguientes atribuciones: *"Conocer en materia civil los juicios cuya cuantía no exceda de 182 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, a excepción de todo lo relativo a la materia de arrendamiento de inmuebles que será competencia de los jueces de primera instancia..."*.

En el Ecuador se conoce al juez de paz con varios nombres y difieren levemente sus funciones así tenemos las intendencias de policía y comisarías de policía, tenientes políticos, todos designados por el ejecutivo y la función básica es conocer litigios o problemas de cuantía menor, así en el campo penal las contravenciones que no hayan adquirido el carácter de delito, casos de incumplimiento en las obligaciones patrimoniales, injurias, riñas, lesiones leves, etc. A raíz de la Constitución Política del Ecuador de 1998 los asambleístas crearon una nueva institución existente años a atrás en países europeos como es la Defensoría del Pueblo que podríamos también asimilar a los jueces de paz, con la necesaria precisión que el titular no es designado directamente por el

ejecutivo sino indirectamente, puesto que el Congreso Nacional es el organismo que lo elige, y su titular designa a los comisionados en las provincias, para ello se reguló en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que contempla todos los deberes y atribuciones a cumplir. En la actualidad el Defensor del Pueblo tiene amplias facultades para mediar e incluso resolver los problemas legales sin mayor tramitomanía, no obstante el mayor limitante es su falta de coercitividad para su ejecución lo que le deja sin mayor efectividad en el cumplimiento de sus potestades.

Conviene indicar que los intendentes, comisarios y tenientes políticos al ser designados por el ejecutivo estos funcionarios han respondido históricamente a intereses oligárquicos y plutocráticos que ostentaron el poder político y que protegieron evidentemente los intereses económicos y políticos de élites terratenientes en el sector rural y burgués en la ciudad jamás cumplieron en *estricto sensu* la labor de juez de paz. Es de destacar que en muchas provincias del país debido a la presión ejercida por las organizaciones comunitarias, en ocasiones han conseguido que los tenientes políticos sean designados por el gobernador de la provincia de una terna propuesta por las comunidades de las parroquias y en otras ocasiones, debido a la completa legitimidad que tienen determinados líderes comunitarios, han tenido que aceptar a regañadientes los gobiernos de turno a estos líderes comunitarios. Los ejemplos más recientes son aquellos suscitados a raíz de la revocatoria del mandato que ejerció el pueblo ecuatoriano contra el desgobierno de **Abdalá Bucaram** en 1997 y **Jamil Mahuad** en el año 2000. En las parroquias rurales del Azuay por iniciativa de la Federación de Organizaciones Campesinas del Azuay FOA se convocó a elecciones universales, populares y directas el pueblo campesino se pronunció a favor de los candidatos a tenientes políticos eligiendo a los más aptos y comprometidos con los intereses de sus pueblos y comunidades en las parroquias de Turi, Tarqui, Cumbe, Victoria del Portete, Sidcay, Octavio Cordero, Cutchil, Jima, entre otras, obteniendo excelentes resultados.

En la praxis demostraron estos líderes comunitarios que al adquirir un compromiso con sus electores ya revestidos de autoridad como es el teniente político en la jurisdicción parroquial laboraron arduamente para mejorar las condiciones de vida de los comuneros, procurando ami-

norar las necesidades insatisfechas y en la administración de justicia actuaron con ponderación y el anhelado equilibrio social tan venido a menos en nuestros días, en contraste con sus antecesores que eran personas que solo respondían a disposiciones del gobernador, del jefe político y del gobierno en general para reprimir, confundir y hacer justicia en forma sesgada y parcializada a favor de la clase pudiente y esto no es todo, desconocían la profunda realidad social comunitaria compleja por cierto al ser personas que no pertenecía a la parroquia siendo gente que provenían de la ciudad, sin criterio comunitario extorsionaban a los comuneros que requerían de sus servicios.

Los Tenientes Políticos no son en estricta rigurosidad jurídica jueces de paz, por consiguiente tanto el ejecutivo como el legislativo debieron legislar sobre este tema de importancia para las comunidades, sin embargo la abulia pudo más y solo queda como disposición declarativa la Disposición Transitoria Trigésima Tercera de la Carta Política del Ecuador que dispone: *"Las tenencias políticas continuarán funcionando hasta que se dicte la ley que regule las juntas parroquiales y los JUECES DE PAZ..."*.

Reiteramos ni la función ejecutiva y peor la legislativa han legislado la competencia, jurisdicción y más roles que los jueces de paz deben cumplir, requisitos para su nombramiento, etc., manteniendo una deuda con la sociedad ecuatoriana que está enredada en las telarañas legales impidiendo el libre ejercicio del derecho alternativo.

También la Constitución Política de la república en el Art. 191 regula en parte el tema de los jueces de paz, que textualmente establece:

"Él ejerció de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad los conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

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".

De la disposición trascrita se puede extraer 4 ventajas que la sociedad ganaría con la actuación de los jueces de paz con una normativa que regule la disposición constitucional.

1. El segundo inciso del artículo citado establece la creación de jueces de paz para que resuelvan los conflictos sin aplicar la rigurosidad legal, sino con criterios de cultura jurídica. Esta tesis tiene su sustento faculta al juez de paz utilizar todas las herramientas existentes para aplicar una justicia en equidad, lo que no sucede con el juez ordinario que tiene dos limitaciones fundamentales:

Primero la ley no le permite al juez alejarse del marco legal escrito, más todavía si el juez tiene una formación legalista en extremo con un esquema positivista que privilegia la ley por sobre todas las demás fuentes del derecho, aplica el caso concreto en función el espíritu de la ley aunque sea contrario a la realidad social;

Segundo el juez al especializarse en aplicar la ley en función de la norma positiva, desecha explícitamente un conjunto de ciencias auxiliares como la antropología jurídica, la sociología jurídica, filosofía jurídica, incluso la psicología jurídica y un conjunto de conocimientos y experiencias vivenciales presentes en colectivos sociales: comunitaria, vecinal, barrial, organizativa.

Ahora el juez de paz al provenir del seno mismo de estos colectivos sociales tiene más y mejores posibilidades de resolver un conflicto con acierto y criterio de justicia.

2. En la legislación ecuatoriana no se instaura la oralidad en los procesos legales con excepción relativa en los procesos penales, laborales y la niñez, mientras que en el resto de acciones judiciales las demandas son procesos largos, tediosos y los profesionales litigiosos buscan cualquiera argucia para dilatar un proceso, por consiguiente el resultado o la "solución" del conflicto se vuelve interminable, contrario a esta realidad judicial los jueces de paz actuarían con celeridad consiguiendo que los conflictos tengan una solución oportuna.

3. Existe un fuerte limitante al juez para investigar la raíz del problema, es decir su causa o el motivo que le llevó a cometer una determinada infracción o ilícito. La ley positiva ataca los efectos o consecuencias, ello hace que los conflictos no se resuelvan en forma definitiva, permite que el problema éste presente y consecuentemente avance, se deteriore aún más las relaciones de los litigantes transformándose de un asunto puramente patrimonial de orden civil a conflictos penales -

agresiones verbales, físicos calumnias, difamaciones y delitos graves como el homicidio.

4. El derecho positivista es extremadamente riguroso en su aplicación procesal del derecho, con la teoría *"lo que no consta en el proceso no existe en el universo"*. Por un error del profesional no alcanzó presentar una prueba clave en su oportunidad procesal ante el juez o tribunal de justicia perdió el juicio. Esto evidencia que no siempre el derecho positivo actúa en justicia y reiteramos a veces no por culpa del juez, del abogado, sino por la rigidez de la ley positiva.

5. La globalización es un hecho evidente más allá de los afectos o desafectos, y esto implica la injerencia de negocios de comercio exterior, inversiones de multinacionales y consorcios transnacionales, con sucursales y alianzas o consorcios en todo el mundo encuentra una legislación nacional completamente estrecha, lo que lleva a conflictos interminables contraposición de leyes, impugnaciones, nulidades por falta de competencia y jurisdicción, etc. hace necesaria una opción por otros medios de solución de conflictos como establece en su tercer inciso del Art. 191 de la Carta Política Ecuatoriana, para que se resuelva en equidad por parte de jueces alternos.

Finalmente la carta política establece que las autoridades indígenas -jueces de paz entre otros- ejercerán su función, aplicando las normas, preceptos y procedimientos propios de la comunidad para la solución de conflictos internos, precisamente aplicado el derecho consuetudinario -indígena- como efectivamente resuelve cotidianamente las autoridades comunales las infracciones, ilícitos y delitos penales, en definitiva los asambleístas de la constituyente de 1998 en el Ecuador se vieron obligados a aceptar y reconocer la presencia originaria, viva y dinámica de un derecho indígena que se revela ante las lacras e injusticias contemporáneas de un modelo occidental decadente y carente de opción futura.

Reflexión final

Para concluir considero necesario precisar 4 reflexiones esenciales en torno a la complejidad de la justicia como expresión de una sociedad contemporánea.

1. El derecho liberal positivista no es único

La justicia resultante del derecho liberal positivista –monismo jurídico- no es la única forma de administración de justicia existente en el mundo "occidental", es la

dominante, impera en los estados nacionales, pretende su hegemonía, se impone como única y valida para todos los pueblos. Sin embargo se ha evidenciado que paralelamente a la justicia oficial hay otra que se resiste a desaparecer, se mantiene al margen de la ley, despectivamente adjetivizada como ilegal, salvaje, clandestina pero dígase lo que quiera, no solo que existe, sino que hay una justicia indígena viva, dinámica, originaria, histórica, paralela, alternativa, presente, útil para los pueblos indígenas, herramienta de bienestar, garantía del equilibrio social. Indudablemente jamás bien vista por el mundo occidental, maltratada y perseguida, consecuentemente no reconocida completamente, ni los 500 años de genocidio y etnocidio pudo destruirlo... más pudo la resistencia e ímpetu de conservación de los pueblos originarios.

2. Es inminente el derrumbo de la justicia oficial

La justicia liberal positivista es la expresión de una sociedad capitalista profundamente desigual, e increíblemente injusta, cuya función es mantener intacta los privilegios de una elite en perjuicio de los demás, la justicia de unos implica las enormes injusticias de los demás. Sin embargo no hay fuerza ni razón para conservar eternamente esta justicia excluyente, se ha desenmascarado por sus propias contradicciones, su decadencia es tal que empieza desmoronarse y su caída es inminente.

3. Los pueblos tienen que derrotar a la justicia que oprime

Anotamos que su caída es inminente, es cuestión de tiempo. Sin embargo, cuanto más cerca esté del final, más feroz vuelve su resistencia, para ello utilizan todo medio lícito o ilícito a detener el statu quo, inventando la seguridad jurídica, el estado de derecho, el principio de legalidad, la igualdad ante la ley y otros confusos sofismas. Es entendible a nadie le gusta ceder fácilmente los privilegios que brinda la "justicia" como ícono de poder, pero es ahí precisamente donde los pueblos oprimidos tienen la oportunidad histórica de accionar la denuncia y la lucha revolucionaria –no necesariamente violeta- no basta el optimismo iluso, ni la esperaza sin acción, peor las rogativas, las grandes transformaciones no llegan por bendiciones, es necesario la participación activa y constante y a pujos alumbrar un nuevo proyecto, con visión diferente, que constituya la alternativa para sustituir la justicia del dominio por una justicia del servicio.

4.- Alumbrará una justicia del servicio en la interculturalidad

No se trata de destruir por destruir a la justicia liberal positivista, tampoco se trata de generar el caos, esta opción tomaría más tiempo y no hay tiempo que perder, más cuando el tiempo es irrecuperable, por el contrario esta justicia atrofiada y destartalada tiene inexorablemente que alumbrar una nueva justicia, fresca y dinámica con sustento en la legitimidad, la adhesión social que se articule en la interculturalidad, no siendo suficiente la simple tolerancia a concepciones diferentes sino una auténtica comunión de saberes, esencias, visiones de cada sistema de justicia diverso que proyecte el bienestar ineludible de los colectivos humanos como garantía del equilibrio natural y social de la especie. Su construcción demanda de una acción colectiva... y ahora.

BIBLIOGRAFIA

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS
José Lagarreta

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANO
Jan Woischnik

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LAS COSNTITUCIONES DE AMERICA LATINA
Varios autores

EL INDIO EN EL ECUADOR INDEPENDIENTE
Julio Tobar Tonoso

DERECHO PENAL
Fernando Velásquez

LAS VENAS ABIERTAS EN AMERICA LATINA
Eduardo Galeano

CONSTITUCION POLÍTICA DE MEXICO

CONSTITUCION POLÍTICA DEL ECUADOR

PEQUEÑA FILOSOFIA PARA NO FILOSOFOS
Albert Jacquard

INTRODUCCION AL DERECHO PARLAMENTARIO
Carlos Pérez G.

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIEGNAS
Ramón Torres

INTRODUCCION AL DERECHO PENAL
Luis Jiménez de Asúa

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL
Guillermo Cabanellas.

MEDIACION
Folberg y Taylor.

Justicia Indígena, de *Carlos Pérez Guartambel*, se terminó de imprimir el día 10 de agosto de 2006 en los Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca, en el Rectorado del Dr. Jaime Astudillo Romero, siendo Directora de Cultura la Lcda. Nelly Peña y Regente de la Imprenta el Sr. Flavio Arias P.

Justicia Indígena

La obra "Justicia Indígena" trae pasajes históricos de los excluidos, vista desde la otra orilla, desde la visión de los pueblos oprimidos. Denuncia las asquerosas instituciones del concertaje, corregimientos y todo el sistema hacendario colonial y republicano que veladamente veneraban la esclavitud protagonizados por el poder político y clerical.

El autor desenmascara las falsas falsedades que pregona el imperio de la ley, con sus tramposos sofismas: igualdad ante la ley, estado de derecho, seguridad jurídica, evidenciando el carácter clasista del derecho; más reivindica la justicia indígena como un derecho histórico y originario, perseguido y resistido como una necesidad imperiosa de cohesionar y equilibrar las relaciones sociales comunitarias de los pueblos indígenas y campesinos. Define, caracteriza y evidencia la presencia viva y dinámica de la justicia indígena en los pueblos y no es gratuito la presencia en las legislaciones y constituciones del mundo el "nuevo" derecho indígena. También el autor ha investigado hechos inéditos de administración de justicia en las comunidades, categorizando en justicia penal, administrativa, civil y social, las mismas que cumplen un rol indispensable para asegurar la natural comunión social de los pueblos.

Destaca la obra los emergentes derechos de 3era generación -derechos colectivos o difusos-: pueblos indígenas, identidad, cultura, concepción cosmogónica-filosófica, medio ambiente –el derecho al agua-, usuarios y consumidores, propiedad intelectual , etc.

Finalmente se refiere a los medios alternativos de solución de conflictos –la mediación- y concluye reflexivamente invitando a la necesidad de cultivar una sociedad inspirados en la interculturalidad como expresión de respeto, tolerancia y comunión de visiones y saberes de los pueblos indígenas y no indígenas, como alternativa frente al derecho liberal positivista decadente y destartalado que se desmorona por la incredibilidad de los ciudadanos que se estrellan con una injusta justicia imperial.

ISBN 9978-14-119-7

9 789978 141199