

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES SEDE ECUADOR
AREA DE ESTUDIOS AMAZONICOS
PROGRAMA DE POSTGRADO EN CIENCIAS SOCIALES CON MENCIÓN EN
ESTUDIOS AMAZONICOS 1991-1993

Tesis presentada a la Sede Ecuador de la Facultad
Latinoamericana de Ciencias Sociales

por

CARLOS SORIA DALL'ORSO

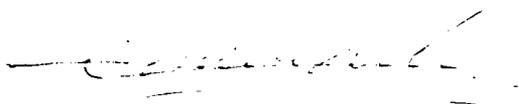
Como uno de los requisitos para la obtención del grado de
Maestro en Ciencias Sociales con Mención en Estudios Amazónicos

PROFESOR ASESOR: ALONSO ZARZAR

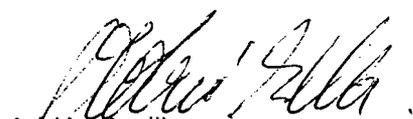
Julio, 1993

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
AREA DE ESTUDIOS AMAZONICOS
PROGRAMA DE POSTGRADO EN CIENCIAS SOCIALES CON MENCIÓN EN
ESTUDIOS AMAZONICOS 1991-1993
INFORME DEL TRIBUNAL DE TESIS

Los abajo firmantes, miembros del Tribunal de Tesis constituido para dictaminar sobre la tesis adjunta, preparada por CARLOS SORIA DALL'ORSO en el marco del Programa de POSTGRADO EN CIENCIAS SOCIALES CON MENCIÓN EN ESTUDIOS AMAZONICOS, luego de su lectura y habiendo analizado el informe que sobre ella elaboró el Profesor Asesor de la tesis, Alonso Zarzar, consideramos que la tesis cumple con las exigencias académicas y formales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y recomendamos que sea aceptada como uno de los requisitos para la obtención del grado de MAESTRO EN CIENCIAS SOCIALES CON MENCIÓN EN ESTUDIOS AMAZONICOS.



Xavier Silva
Presidente del Tribunal



Adrián Bonilla
Integrante del Tribunal



Frederica Barclay
Integrante del Tribunal

Fecha: 29 de noviembre de 1993

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR

Maestría en Ciencias Sociales con mención en Estudios Amazónicos
1991-1993

Tesis que presenta el señor Carlos Antonio Martín Soria Dall'Orso
para optar el grado de Maestro en Ciencias Sociales con mención
en Estudios Amazónicos

Título

EL PLURALISMO LEGAL Y EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES INDÍGENAS
AMAZÓNICAS

Director de tesis

Alonso Zarzar

Quito, setiembre de 1993

Índice

Introducción

I Estado de la cuestión

- 1.1 Pluralismo legal
- 1.2 El concepto de derecho consuetudinario

II Elementos para conceptualizar el Derecho en una sociedad indígena amazónica

- 2.1 Cosmovisión indígena
- 2.2 Estructura social indígena

III Impacto cultural del contacto con la Sociedad nacional

- 3.1 El contacto colonial
- 3.2 La expansión de la sociedad nacional y los efectos socio-económicos del contacto en el presente.

IV Una reflexión final

- 4.1 La viabilidad del derecho consuetudinario

Notas

Bibliografía

CAPITULO III Impacto cultural del contacto con la
Sociedad nacional

En 1492, 1542 para el caso de la cuenca amazónica, se inició un proceso de ocupación del continente americano cargado de efectos negativos para la población nativa y su entorno físico y cultural. A partir de entonces se produjo una lucha constante en la que el mercantilismo impuso su política extractiva y de explotación en favor de las metrópolis europeas, imponiendo un nuevo modelo de relación entre sociedad y naturaleza. Con el paso de los siglos se impondrá el capitalismo industrial y los centros que se benefician de la extracción de plusvalía y recursos variaran también, dándose el conocido fenómeno del colonialismo interno.

Al momento del contacto existían en la Amazonía muchos pueblos con capacidad para manejar exitosamente sus sistemas ecológicos, aprovechándolos sin degradarlos. La organización social y la cosmovisión indígena sirvieron como mecanismos de regulación de la relación con la naturaleza¹⁴. La llegada de los europeos significó el cambio hacia un modelo de explotación de recursos y la introducción de un conjunto de especies de flora y fauna que tuvieron rápido efecto sobre el continente.

Con los conquistadores europeos vinieron enfermedades que tuvieron graves y complejos efectos sobre la población americana, teniendo como consecuencia la eliminación física de millones de individuos.

Crosby señala que en América se introdujeron "...la viruela, el sarampión, la difteria, el tracoma, la tos ferina, la varicela, la peste bubónica, la malaria, las fiebres tifoideas, el cólera, la fiebre amarilla, el dengue, la escarlatina, la disentería amébrica, la gripe y una serie de infestaciones helmínticas" (1988: 220).

Se calcula que la población americana que desapareció en los primeros cien años del contacto asciende a un 95% de la población

existente el 11 de octubre de 1492, en la Amazonía ello significa un volumen de 10 a 12 millones. Colchester (1986: 23) habla de 90 a 95 millones de indígenas americanos muertos por epidemias fruto del contacto en los últimos quinientos años. Paralelamente se produjeron bajas entre los europeos a la vez que se dieron mutaciones en algunas enfermedades como fue el caso de la sífilis venérea, encefalitis, polio y otras (Crosby 1988: 220).

De acuerdo a Santos y Barclay (1985), este es el primer paso en el proceso de dominación de las sociedades indígenas, luego vendrán la eliminación física directa y la destrucción de sus valores con lo que la dominación se consolida. Este impacto sobre la sociedad indígena se analizará en la segunda parte de este capítulo, mientras tanto nos interesa referirnos a los efectos del contacto con la cultura occidental y sus consecuencias para la sociedad indígena.

3.1.- El contacto colonial

Cuando España inició la conquista de América la corriente vigente en el pensamiento jurídico occidental de entonces era el iusnaturalismo, que postulaba la existencia de unos valores previos al orden social y jurídico, que derivaban de la divinidad e inspiraban el accionar jurídico, como lo explicaba Santo Tomás¹⁵.

La conquista de América se inició sin un marco jurídico preexistente que regulara específicamente las nuevas relaciones entre españoles y americanos, las relaciones entre las organizaciones sociales y políticas involucradas, el acceso a los recursos naturales y la adquisición de bienes, por citar algunos ejemplos. De hecho no podía haber existido una regulación social específica por cuanto el derecho es posterior al hecho social. Lo único existente entonces, además del propio derecho español común, eran las bulas papales expedidas con motivo de los descubrimientos

realizados por los portugueses. Posteriormente se buscó regular la relación Iglesia-Corona sobre las tierras americanas, así se dictaron cinco bulas papales que, sin embargo, no tocaban el tema de las poblaciones americanas.

Mientras que España, con el nombramiento de fray Nicolás de Ovando como Gobernador de la Española, inició en 1503 el proceso de definir jurídicamente las relaciones entre españoles y americanos. La ausencia de un marco jurídico había producido una permanente disputa entre los conquistadores y la Corona, alrededor de la forma del nuevo gobierno y las características de la distribución de recursos, indios incluidos. Finalmente se dio paso al establecimiento de una legislación sobre el tema, donde el conflicto central era la naturaleza de los seres americanos y su condición jurídica frente a la Corona y la administración colonial.

Particular influencia ejercieron la personalidad de los propios gobernantes. Así, los primeros 12 años de gobierno indiano estuvieron a cargo de Isabel, quien se caracterizó por ser "una administradora perfecta y eminentemente práctica" (Simpson 1970: 29). De este modo, afirmó y consolidó el poder de la Corona en las Indias, mientras que "Los once años del gobierno de Fernando sobre las Indias, incluyendo su breve asociación a la regencia de Felipe I en 1506, fueron un período de casi irremediable abuso." (Simpson 1970: 31).

El cambio en el manejo de los asuntos indianos fue grave para la población indígena, pues si bien los conquistadores ya habían iniciado el genocidio de la población de las Antillas, al asumir Fernando el gobierno de las Indias estimuló la extracción desmedida de oro y perlas y la captura creciente de indios para servir en las minas, actitud que mantuvo hasta su muerte, el 23 de enero de 1516. De modo que la característica fundamental del primer período de la conquista 1492-1511, es la de ser un proyecto puramente extractivo sin ningún afán colonizador.

Las leyes de Burgos fueron resultado de la disputa sostenida entre colonos y dominicos en la Española, los primeros se hicieron representar ante el Rey por el franciscano Alonso de Espinal y los segundos por fray Antonio de Montesinos¹⁶. La polémica concluyó con la convocatoria del Rey a una asamblea de teólogos y doctos que elaboró las Leyes de Indias, las mismas que se promulgaron el 27 de diciembre de 1512. Las Leyes de Indias consagraron la explotación del Indio, pero por lo menos fijaron los parámetros contra los cuales dirigirían sus esfuerzos los dominicos. El mismo año de 1512, Bartolomé de Las Casas, encomendero de la Española, horrorizado ante la negación de la absolución de sus pecados por parte de un sacerdote dominico, se arrepiente, renuncia a su encomienda y se ordena sacerdote. (Simpson 1970: 47-53).

Las Casas¹⁷ postuló su posición sobre la forma del gobierno colonial negando, los repartos de tierras y de indios, así como los obrajes y demás formas de utilización colonial de la fuerza de trabajo. La corriente que Las Casas representaba creía en la naturaleza humana del indio americano y en la posibilidad de predicar la fe por medios pacíficos. En tal sentido decía:

"...conviene a saber, para que después de cristianos fuesen sujetos a Su Majestad, no cuanto ad dominium rerum particularium, ni para hacerles esclavos ni quitalles sus señoríos, sino sólo cuanto la suprema jurisdicción con algún razonable tributo para la protección de la fe y enseñanza de buenas costumbres y buena gobernación (Las Casas 1975: 170)".

Los esfuerzos de Las Casas chocaban con las demandas del pragmático Fernando que prefería el "bienestar" de las arcas de la Corona. De manera que determinar una condición jurídica favorable a los indios constituía un problema. Inicialmente el encargo a Ovando era el de

proteger la libertad de los indios, sin embargo, Fernando sugería «Y por casualidad hicieren algo por lo que merecieren ser hechos esclavos pienso que lo mejor sería venderlos, si se puede encontrar alguien que de un precio equitativo por ellos, ya que en este caso se pueden tomar de las islas "inservibles" tantos indígenas para nuestro servicio cuantos sean necesarios»." (Simpson 1970: 36-37).

Mientras que en un segundo período, la actitud de Carlos V hacia los indios fue aparentemente benigna, aprobándose una frondosa y detallada regulación en favor de los indios. Sin embargo, la subsistencia de la encomienda era una grave contradicción contra la cual los teólogos y defensores de los indios concentraron sus esfuerzos. En 1529 una Junta realizada en Barcelona concordó con los criterios del Consejo de Indias, los indios eran libres en tanto reconocieran a la Corona y por tanto prestarían los mismos servicios que cualquier otro súbdito, en consecuencia no serían repartidos en encomiendas, ni entregados a nadie "pues la experiencia ha demostrado que las leyes que se han hecho para favorecerlos no han sido observadas por nadie; ni el pretexto de que lo que se busca es su bien, es una razón suficiente para justificar el mal tratamiento a que han sido sujetos por otros que no sea el rey" (Herrerias y Tordesillas 1601 citado por Simpson 1970: 92). Finalmente la Junta de

Barcelona decidió terminar con la encomienda y en tal sentido se dispuso una serie de ordenes. (Simpson 1970: 91-98).

Treinta años de lucha constante de Las Casas y de Sebastián Ramírez de Fuenleal, voces casi solitarias, influyeron en el Consejo de Indias y en la Corona, la que dictó las Nuevas Leyes de 1542, las mismas que tuvieron un fuerte impacto en Indias. (Simpson 1970: 54; 156-159). El cumplimiento de las Leyes Nuevas no se confió a los funcionarios regulares sino que se nombró a cuatro encargados especiales. Los encomenderos sostuvieron una enconada oposición a las Leyes Nuevas, sin embargo, pese a un período de suspensión temporal lo único que consiguieron fue derogar el artículo 35 que

prohibía la transmisión de la encomienda a los hijos.

Las Casas a partir de los principios cristianos, que inspiraban al iusnaturalismo, postuló el respeto a los indígenas americanos y su forma de organización, la que tan sólo debería ser sujeta al poder colonial, pero no destruida. Gínes de Sepúlveda opinaba de modo contrario, para él las bulas papales ordenaban, primero, colocar a los indios bajo el control del Estado colonial y, luego, a los que quedaran, predicarles el evangelio. Sepúlveda afirmó que la forma en que se produjo la conquista y se conducía el estado colonial, eran métodos lícitos. Respaldaba su tesis en el hecho de que la conquista se realizó con el aval de los Reyes Católicos e incluso con el de los papas que conociendo de estos métodos no los rechazaron sino más bien concedieron nuevos beneficios y prerrogativas a los Reyes Católicos. Era el discurso principista contra el pragmatismo político. Pragmatismo que influyó mucho en la toma de decisiones de una Corona que hacia lo posible por sobrellevar una crisis económica y política, sobre todo en el primer período¹⁸.

La bula Inter Caetera expedida el 4 de mayo de 1493 por Alejandro VI, respaldaba la labor de los Reyes Católicos y legitimaba el descubrimiento del nuevo continente, haciendo donación de las Islas y Tierra Firme que se encontraran al occidente y reconociendo a España el derecho exclusivo de comercio con América. Posteriormente, juristas como Suárez, Lugo, Conink, Bañes y Platel (Hernaiz 1879: 17), interpretaron esta bula diciendo que esta donación de territorios a los Reyes Católicos, por ser de carácter indefinido, era válida en tanto no perjudicara el derecho de terceros; en este caso los indígenas, quienes aunque infieles debían ser considerados dueños y señores de sus bienes, de los cuales no se les podía privar¹⁹. Esta argumentación se apoyaba no sólo en el derecho civil sino en el derecho canónico de la época, especialmente en la bula de 23 de mayo de 1537, expedida por Paulo III, la que reconoció la humanidad de los indios. Esta bula señala

que "...La verdad [...] dijo al destinar predicadores de la fe al oficio de la predicación: Euntes Docetes Omnes Gentes. A todos dijo sin ninguna excepción como quiera que todos son capaces de la doctrina. [...] Aquellos indios, como verdaderos hombres que son, [...] no están sin embargo privados ni hábiles para ser privados de su libertad ni del dominio de sus cosas."

Del mismo modo, las leyes de Indias declaraban que "haya entera satisfacción de que [los descubridores] no les harán a los indios perjuicios en sus personas y bienes"²⁰ o que "los descubridores no tomen sus bienes sino fuere por rescate o dándoselos ellos por libre voluntad"²¹ o mas aún lo dicho por la ley 1,

título 7, libro 4 que señalaba que respecto al establecimiento de los conquistadores "en éstas y en las demás poblaciones tierra adentro, elijan el sitio de los que estuvieren vacantes, sin perjuicio de los indios y de los naturales o con su libre consentimiento" (Hernaez 1879). Para Todorov (1987: 174) ésta

es la expresión del discurso de la igualdad apoyada en el principio cristiano de que Dios creó al hombre a su imagen y semejanza, piedra angular del iusnaturalismo. Sin embargo, la praxis de los administradores coloniales estaba muy lejos del discurso jurídico de la Corona, la famosa frase "la ley se acata pero no se cumple" grafica este fenómeno.

Desde los parámetros del iusnaturalismo era posible cerrar el camino a la expoliación y la barbarie, sin embargo, esta era una corriente de pensamiento y no precisamente la que triunfó. Fue más bien la postura de Sepúlveda la que, ante los hechos consumados, no dejó más opción que cerrar filas en la justificación del sistema y en una representación del otro cargada de acusaciones de barbarie y salvajismo que hacían "indispensable y cristiana" la intervención de los conquistadores. En este sentido, coincidimos con Roig, quien señala que el dominador afirma su ser en la necesidad de dominar, debido a ello se somete a la idolatría de la dominación (Roig 1985: 210) y formula un discurso dominante. Ello se aprecia en el

diagnóstico que Sepúlveda hace de los pobladores americanos:

- 1.- Los indios viven en el pecado y la idolatría.
- 2.- Por su naturaleza, los indios son de "rudo ingenio", gente servil y bárbara, en consecuencia, deben servir a los de "ingenio más elegantes" como los españoles.
- 3.- Es necesario llevarlos al camino de la fe.
- 4.- Los indios viven "en la injuria matando hombres para sacrificarlos y comerlos..." (Las Casas 1975).

De manera que si los postulados iusnaturalistas, eran rechazados, más aún, la posibilidad de plantear el reconocimiento a una organización socio-política diferente, con un sistema jurídico propio y con absoluto derecho a su existencia autónoma. Era necesario, desde el derecho, tranquilizar conciencias y legitimar al Estado colonial, más no modificar la realidad de unos indios que eran la base del sistema colonial de extracción de recursos. Por ello, el debate entre Las Casas y Sepúlveda no es gratuito ni bizantino, es el enfrentamiento entre la postulación de la coexistencia cultural pacífica como forma más adecuada al gobierno colonial y la violentación de toda forma de organización social distinta a la europea, a la par con la imposición de un único modo de entender a la sociedad. Esta percepción del sector dominante, convertida en doctrina por un grupo intelectual al servicio de la conquista y la colonia, planteó su justificación ideológica y la incorporó en el pensamiento de la época, especialmente en el derecho y la historia²².

Tanto Weber (1978) como Haeseart (1951) consideran que el derecho tienen relación con los valores, para Marx (1955) este derecho no estaría sino reproduciendo a nivel super-estructural la dominación colonial. En cualquier caso lo cierto es que el derecho es un reflejo de su espacio tiempo histórico, en esa medida es reflejo del pensamiento del sector dominante en turno. Ello se aprecia en la reflexión jurídica dominante en la España post-debate. Los seguidores de Sepúlveda y el pragmatismo buscaron apaciguar

conciencias incorporando un discurso en favor del indio mientras que sabían perfectamente que la realidad americana era absolutamente distinta y el propio sistema jurídico colonial servía para ello. Distinta hubiera sido la situación si se hubiera mantenido una coexistencia entre los ordenes jurídicos americanos y el orden jurídico español.

El mismo texto legal era contradictorio en si mismo cuando se contrastaban los temas de la consolidación del sistema colonial con los del respeto a los indios, a su integridad y sus derechos. Más allá del texto legal, el discurso que se difundió y enraizó en la "conciencia" española y posteriormente en la "conciencia" de los criollos americanos es el "discurso opresor violento" (Roig 1985: 210), caracterizado por:

- 1.- Negar la humanidad del indio.
- 2.- Afirmar la incapacidad del indio para generar sociedad debido a su cotidiana hostilidad y holgazanería.
- 3.- Afirmar la incapacidad del indio de recibir el beneficio "de la fe, de la religión y de la vida o de las costumbre cristianas" (De Las Casas 1975: 352).

Un elemento que contribuyó a la difusión de este pensamiento es el hecho de que "Virtualmente todos los conquistadores de Nueva España fueron hombres que habían efectuado su aprendizaje en Cuba y la Española, donde habían absorbido la actitud que prevalecía hacia los indígenas y habían aceptado los terribles métodos de explotación..." (Simpson 1970: 43).

Fue así que operó con profunda efectividad la idea de que "...los indios [...] habían sido, por algún misterioso designio de la Providencia, colocados donde pudieran dar particular gloria y provecho a los españoles." (Simpson 1970: 52). Esta actitud es de suma importancia para comprender la historia de la

Nueva España, fue esta percepción sobre el indio americano la que estaba presente en la actuación de legisladores, gobernadores, jueces, colonos y clérigos. Simpson resalta la importancia de esta actitud y señala que esta postura se incubó en "las Antillas antes de que Cortés emprendiera su notable aventura, y, verdaderamente es aún uno de los rasgos culturales más persistentes en el elemento dirigente de Méjico." (Simpson 1970: 11).

Gínes de Sepúlveda no sólo se apoyó en la opinión aristotélica de la naturaleza esclava de algunos grupos humanos sino que afirmó

"...que Dios ha dado grandes y clarísimos indicios respecto del exterminio de estos bárbaros" (1941: 115). Del mismo modo, Gónzalo

Fernández de Oviedo (1960: 342), equiparó a los indios con Satanás afirmando, que la pólvora contra éstos era incienso para el señor. Este discurso de la barbarie y la destrucción del "mal" fue finalmente la justificación del despojo.

Un ejemplo del éxito del discurso de la violencia nos lo da el caso del esclavismo de indios americanos, relatado por Simpson (1970: 16-20). En 1495 al regresar Colón a la Española se halla con un levantamiento indígena, luego de sofocarlo envía indios prisioneros a España. para venderlos como esclavos, de acuerdo a la usanza antigua. Enterada la reina Isabel emitió la cédula de 16 de abril de 1495 en la que ordenó a Juan Rodríguez de Fonseca, Obispo de Burgos y Badajoz, Ministro de los Asuntos de Indias, suspender la venta de los indios mientras ella consultaba y obtenía una respuesta de teólogos y juristas sobre la justicia de esclavizar a los prisioneros.

Cuatro años después Colón se vio envuelto en un nuevo incidente de esclavismo al realizar un convenio "con el sedicioso Roldán" por el cual le entregaba unos indios en calidad de esclavos. El hecho indignó a la Reina, pues significaba un atentado a su soberanía, consecuentemente ésta, declarando que los indios eran sus vasallos ordenó se devolviera a todos los indios a la Española.

Finalmente, en 1501 un incidente de venta de indios como esclavos significó la detención de Cristóbal Guerra y la declaración de la reina de que los indios eran súbditos libres de la Corona, sin embargo, esta declaración no se aplicaba a los caribes y a aquellos indios que se opusieran a la propagación de la fe cristiana, en cuyo caso la Corona cobraría su impuesto de un tercio, reducido luego a un quinto. (Simpson 1970: 16-20). Efectivamente, los indios de las bahamas (caribes) no eran esclavos, sino «naborias perpetuos»²³. Igualmente, los indios de la Española fueron considerados como naborias, por lo que tenían que dar dos tercios de su tiempo a sus encomenderos manteniendo un tercio para sus cultivos de subsistencia. Sin embargo, los indios tomados de sus lugares de origen se encontraban sin tierra que cultivar, por lo que eran "obligados a servir a sus amos perpetuamente, de ahí el nombre. La diferencia real entre su situación y los esclavos no está clara en ningún documento descubierto por mí. La cuestión es ociosa en cualquier caso, porque los indios apresados apenas vivían lo suficiente para que se interesaran por su situación jurídica..." (Simpson 1970: 253).

De manera que si aparentemente podría decirse que operó en los conquistadores una reducción del concepto de sociedad a sus propios parámetros, ésta reducción no sólo que puede ser "explicable" epistemológicamente sino que era ante todo necesaria. Se trataba del más negativo sentido de acumulación rápida de capital, acumulación en la que la base productiva carecía de valor. De manera que era absolutamente indispensable consolidar la dominación colonial, arguyendo cínicamente la necesidad que tenían estos pueblos acceder al conocimiento de la fe y la civilización. Ya que estos salvajes americanos no se hallaban en condición de desarrollar sociedades civilizadas a semejanza de la europa cristiana. Ahí tenemos el caso de Huamán Poma de Ayala reclamando su derecho a ser Rey apoyándose en la más pura argumentación iusnaturalista, otro caso es el juicio de la Corona contra Cortez por haber matado reyes en América, el sentido más claro era que

aceptar ello cuestionaba el propio principio divino de la monarquía. El desarrollo de esta concepción del indio americano como un ser decadente, vicioso y hasta demoníaco, se mantuvo con ciertas variantes y nuevos eufemismos a lo largo de los tres siglos de dominación colonial, y hoy bajo la dominación capitalista. Por ello era imposible pretender que se reconozca la existencia de un sistema jurídico distinto al de la Corona. Esta percepción del derecho occidental sobre el derecho de los indígenas americanos se consolida durante la colonia y se mantiene hasta bien entrado el siglo XX, no solo en el derecho sino en la filosofía, ello se aprecia en la conceptualización de lo que desde el derecho occidental positivo moderno se califica como derecho²⁴.

3.2.- La expansión de la sociedad nacional y los efectos socio-económicos del contacto en el presente.

Actualmente las características del contacto han variado, lo que no significa que haya disminuido su efecto nocivo. Entrar al análisis de los impactos provocados por la incorporación de las sociedades indígenas a la dinámica nacional, requiere comprender, primeramente, la conformación del Estado nacional y, más específicamente, las singulares características que éste asume en la "frontera"²⁵ (Foweraker 1981).

En primer lugar, creemos que no se trata de una simple relación entre un modo de producción capitalista y uno precapitalista, pues los Estados latinoamericanos, si bien pretenden imponer un modo de producción capitalista (Pazmiño y Soria 1993), no son un capitalismo puro debido a que están articulados en posición de inferioridad con el capitalismo mundial (Cueva 1987: 1). En segundo lugar, la "frontera" experimenta una "desarticulación económica real" a la par que una articulación «perversa» de los sectores sociales (Pazmiño y Soria 1992).

Se trata del fenómeno del colonialismo interno que favorece la modificación de patrones de aprovechamiento de recursos naturales en aras de la expansión del mercado capitalista. En los países que comparten la cuenca amazónica, este proceso se orienta hacia la "frontera" amazónica, uno de los pocos espacios que aún mantienen una baja densidad poblacional. Para comprender este proceso de contacto debemos entender primero que la sociedad nacional avanza sobre unos recursos naturales supuestamente "libres" y se encuentra con sociedades indígenas que también aprovechan estos recursos pero con una racionalidad y una tecnología distintas, es en ese momento cuando surge la competencia por los recursos naturales, ambos grupos se enfrentan para acceder al aprovechamiento de los mismos. En los casos en que dicha competencia no se presenta, las características del contacto suelen ser peculiarmente pacíficas (Henley 1982).

Quando hacemos referencia a los impactos provocados por el Estado en comunidades no estratificadas hay que considerar los procesos políticos, económicos e ideológicos vinculados a la implementación de nociones como desarrollo, colonialismo, o neocolonialismo, en tanto formas concretas de relación entre entidades con niveles disímiles y diferenciados de historia, cultura y conformación social. Jackson (1984), señala cuatro tipos de efectos negativos, producto del contacto entre Estado y sociedades a pequeña escala, entendiéndose como tales aquellos grupos de cazadores, recolectores, horticultores, con baja densidad poblacional, carentes de estratificación y centralidad política. Estos efectos son:

- 1.- la exterminación y el genocidio;
- 2.- pérdida de las actividades económicas propias del sistema de autosubsistencia y del control en la autonomía especialmente respecto de los derechos sobre la tierra y los recursos naturales;
- 3.- ruptura del equilibrio poblacional y deterioro en la salud;
- 4.- reducción de la autonomía cultural y autodeterminación.

Para comprender como se producen estos efectos y las combinaciones de estos, Ribeiro (1986) plantea que "las relaciones sociales y económicas de la situación de contacto son determinantes del resultado del contacto" y que para poder comprender "la reacción de la sociedad indígena, uno debe referirse a las circunstancias específicas que derivan del contexto cultural previo al contacto, pero ésta reacción estará siempre constreñida por la naturaleza de las relaciones sociales y económicas que los miembros de la sociedad nacional buscan imponerles" (1986: 122). La propuesta de Ribeiro podría desagregarse de la siguiente manera: existe una sociedad nacional que es en sí una estructura superior compuesta por distintos elementos funcionales a la estructura, como las relaciones sociales y económicas que a su vez se descomponen en otros subsistemas. En lo que atañe a las relaciones de contacto, es la estructura de la sociedad nacional la que lleva a la búsqueda del contacto con la estructura sociedad indígena. Pero dado que el sistema sociedad nacional se encuentra mejor estructurado y con mayores recursos sistémicos para asegurar su reconstrucción en una situación de contacto y choque cultural, esto le permite determinar las características de esta relación y las consecuencias que de ella se deriven para la sociedad indígena.

Uno de los recursos que tiene este sistema sociedad nacional es la posibilidad de imponer diferentes tipos de relaciones a través del subsistema "frente de expansión nacional". En tal sentido, Ribeiro afirma que la variación en el tipo de relación socio-económica determina la profundidad del contacto y sus efectos. Luego define dos tipos de frentes: los económicos y los proteccionistas; los primeros son a su vez de carácter extractivo, ganadero, o agrícola mientras que los segundos son de tipo gubernamental o misionero. Finalmente, sentencia que el interés detrás del frente está en directa relación con el efecto que producirá el frente sobre un grupo indígena.

Henley (1982), coincide con el esquema de Ribeiro, pero cree que el

tipo de interés económico no necesariamente está claro en un frente y además el modelo no es de aplicación general. Ejemplifica su afirmación haciendo un contraste de los casos de los "frentes de expansión nacional" del caucho y de la sarrapia. La extracción del caucho, durante el boom de los siglos XIX y XX, se caracterizó por una explotación desmedida, con alta demanda de fuerza de trabajo y profundos efectos culturales fruto del contacto multiétnico en las expediciones caucheras. Los efectos de la economía extractiva del caucho son harto conocidos, cabe recordar que para los pueblos indígenas significó la destrucción de grupos étnicos, la construcción de nuevas identidades, la alteración de las estructuras sociales y de los patrones de conducta individual. Mientras que en el caso de la sarrapia los efectos fueron distintos, según Henley por tres razones:

1. La zona de la Sarrapia había sido sistemática y pacíficamente colonizada.
2. La economía de la Sarrapia era estacional y, por tanto, no era la base de la subsistencia.
3. No hubo reclutamiento de fuerza de trabajo.

Es decir, que incluso dentro de la categoría "frente de expansión nacional económico-extractivo" se pueden generar efectos distintos. En el mismo sentido, Da Matta (1982) muestra cómo una diferencia en el valor de los productos colectados en un mismo tipo de frente, produce dos tipos de relaciones entre la sociedad nacional brasileña y la sociedad Apinayé. Como ejemplo compara las economías extractivas de la nuez la nuez Babassu y la nuez del Brasil.

En el primer caso esta economía extractiva está en contacto con la sociedad Apinayé mientras que la explotación de la nuez del Brasil afecta a los Gaviões del Marabá. La nuez Babassu no es un producto de consumo local y su explotación es de carácter estacional, mientras que en el segundo caso se trata de un producto que cierra su cadena de comercialización en el mercado mundial. Culturalmente los Apinayé han tenido un contacto pacífico alrededor del

intercambio mercantil mientras que los Gaviões han sido expuestos casi al exterminio por la explotación de su mano de obra asalariada, cuando no la eliminación física.

Por otro lado, Da Matta (1982) dice que hay una relación entre la conceptualización que tiene un frente sobre la sociedad indígena y la estructura y objetivo de ese frente. Afirma que mientras más homogéneo sea el frente, su representación de los indios será más consistente y quedará menos espacio para los indios en esa estructura, sin embargo, señala que esto es válido para zonas donde la sociedad nacional está en contacto continuo y directo con los indios. Finalmente, dice que la compleja relación entre la sociedad nacional brasileña y los Apinayé descansa en un conjunto de factores que están directamente relacionados con la forma en que un tipo específico de industria extractiva entró y ocupó el área durante años. Es decir, confirma una vez más la tesis central de Ribeiro, pero arroja como esperanza para los Apinayé que el poder místico, "el poder del débil", con el que cuentan les está permitiendo integrarse positivamente en el sistema social dominante.

En las características del contacto no debemos pasar por alto que la expansión de la frontera se orienta por normas de acción, es interesante ver el tipo de racionalidad que puede orientar a la sociedad nacional y a la sociedad indígena en su acción. Mientras la sociedad nacional puede tener un racionalidad práctica de orientar medios a fines, puede ser que la sociedad indígena tenga una racionalidad técnica que rige su acción y que no le permite responder eficazmente a los planteamientos de la racionalidad práctica de la sociedad nacional. Un último elemento a tener presente es el esquema subjetivo, es decir, que las normas generales solo existen en tanto están encarnadas por sujetos y por ende hay un elemento subjetivo que imprime ciertas variaciones en el desarrollo de la acción, como lo señala Gibbs (1969) para el caso del derecho. Esta variación en las modalidades de contacto

determina en qué medida el derecho occidental influirá en las sociedades indígenas o en qué medida el derecho consuetudinario indígena será modificado, fruto de la acción intercultural.

En la región de Madre de Dios, Perú, se asientan poblaciones de la étnia Ese Eja. En este caso, la modalidad del contacto ha sido fundamentalmente a través de la minería. Esta actividad se caracteriza por baja demanda de mano de obra indígena, a la vez que no se trata de un recurso cotidianamente explotado por los indios, es decir, no se produce una situación de competencia directa por los recursos, pues si esta se da se trata del recurso suelo que se ve afectado por la modificación en su estructura que produce la minería. Si bien se ha experimentado un proceso de transformación, a través de la minería aurífera, se observa la permanencia de elementos étnicos tradicionales a nivel político, económico y legal. La propiedad privada, elemento clave en la lógica capitalista tan sólo se mantiene a nivel de los bienes de uso personal como herramientas y vestido, tal como lo registra Goldman (1963) para el caso de los Cubeos del Vaupés, además de las remuneraciones por trabajo asalariado, mientras que el uso y disfrute de recursos naturales tiene base en las relaciones de parentesco. Más aún el control social mantiene una racionalidad distinta a aquélla del régimen de la sociedad nacional (Moore 1985).

Mientras que el caso de los Aguaruna del Chiriaco nos da una perspectiva diferente en razón de una relación efectivamente distinta con la sociedad nacional. El Chiriaco es un afluente del Alto Marañón. Esta región es uno de los frentes de colonización más antiguos, como lo evidencia el desarrollo del eje Bagua, Chachapoyas, Moyobamba, Rioja (Lesevic 1983). La colonización iniciada en el siglo pasado y mantenida a todo lo largo del siglo XX, significó un temprano y permanente contacto de la sociedad Aguaruna con la sociedad nacional. En este frente de expansión nacional, el recurso demandado fue básicamente el suelo, deforestándose grandes cantidades de bosque para dedicar el suelo

a la explotación agropecuaria. En este caso la expansión inicial se dio sobre tierras indígenas, obligándose a los indígenas a la migración y la búsqueda de tierras en zonas poco accesibles o de poco interés para la sociedad nacional. De manera que se dio todo un proceso de enfrentamiento cultural y físico en la que ambas partes buscaban salvaguardar sus intereses.

Dos factores de este contacto favorecieron el desarrollo de una justicia nativa Aguaruna; "la presencia de nuevos valores e instituciones" ajenos a la sociedad Aguaruna y la experiencia de ésta en el funcionamiento de los mecanismos de resolución de conflictos de la sociedad nacional, llámese policía, jueces, teniente gobernador (Ballón 1989). Ballón indica que se produjo una autocrítica de los mecanismos tradicionales de resolución del conflicto, a la par que una comprensión de los límites de los mecanismos externos, lo que se expresó en la labor de Francisco Caicat como mediador de conflictos, líder e introductor del calabozo en la sociedad Aguaruna.

Posteriormente, la Organización Central de Comunidades Aguaruna del Alto Marañón (OCCAAM), fundada en 1975, se vio en la necesidad de asumir la resolución de conflictos ante las presiones y demandas directas para que así lo hiciera. Entre 1975 y 1981, Salomón Katip, presidente de la OCCAAM, desarrolló un proceso particular de resolución de conflictos, donde las familias continúan siendo los actores centrales en el desarrollo del mismo (Ballón 1989: 359-360). Posteriormente la OCCAAM se decide por la elección de un juez y la instauración de un proceso regular de instancia plural.

Este proceso de cambio se expresa, por ejemplo, en el modo de castigo al adulterio, anteriormente con tres cortes en el cuero cabelludo, hoy la sanción es dos meses de prisión (Jefatura de Justicia Nativa del Alto Marañón 1989: art. 48). La evidencia más clara del proceso de cambio es la escrituración del derecho consuetudinario Aguaruna en un "Reglamento de Administración de Justicia Nativa", publicado por la Jefatura de Justicia Nativa del Alto Marañón en 1989.

CAPITULO IV Una reflexión final

A lo largo de los dos primeros capítulos hemos podido apreciar cómo, en la Amazonía, el derecho consuetudinario se encuentra íntimamente vinculado al sistema de representaciones lo cual es sustantivamente distinto del derecho positivo donde si bien hay una vinculación con las representaciones de la realidad el papel en sí de estas parece ser más tenue, en la medida en que uno siendo católico, musulmán, budista o agnóstico puede percibir una interpretación similar del derecho.

En el primer capítulo dijimos que no buscamos formular una teoría general del derecho consuetudinario sino más bien interesa contrastar los aportes del concepto de pluralismo legal en relación a la situación del derecho consuetudinario en las sociedades indígenas amazónicas.

Coincidimos con Geertz (1983) cuando afirma que la búsqueda de una teoría general que explique determinados fenómenos sociales carece de sentido, por ello no buscaremos construir una teoría del derecho consuetudinario sino más bien establecer relaciones entre el modelo de análisis teórico sugerido por el pluralismo legal y la realidad de las sociedades indígenas amazónicas. De manera que buscaremos señalar aquellos elementos de nuestro análisis que pueden contribuir a una utilización del concepto de pluralismo legal en una versión particularizada para el caso de la Amazonía. En tal sentido, creemos importante rescatar los aportes de Ballón y Aramburú que ratifican la importancia del proceso histórico para la comprensión del análisis del derecho, propuesta que se corrobora y profundiza para el caso del contacto colonial en nuestro capítulo tercero.

Aramburú (1989) estudia la introducción de conceptos de derecho

como expresión de las relaciones de contacto y dominación. Mientras que Ballón a lo largo de sus trabajos (1977; 1981; 1989) nos sugiere, sobre el derecho consuetudinario, lo siguiente: la relatividad ideológica del concepto, su carácter histórico, su carácter dinámico, y el papel político del derecho expresado en la resistencia y adaptación a la sociedad nacional. Por su parte Cunha (s/f) nos advierte de la tendencia a caracterizar al derecho consuetudinario como que constituye un cuerpo delimitado, finito y tradicional; es anterior al Estado y, por tanto, autónomo; y que tiene una naturaleza similar a la del derecho positivo, lo que permitiría su fácil incorporación al mismo.

Para una mejor comprensión del fenómeno creemos que en el caso amazónico debemos distinguirnos del caso asiático y africano de modo que aquí no vale la afirmación de Hooker, quien define al pluralismo legal como circunstancias "en el mundo contemporáneo que son resultado de la transferencia de sistemas legales completos a través de las fronteras culturales (Hooker 1975: 1).

En tal sentido, retomando la caracterización del pluralismo legal formulada por Merry (1988) diremos que esta perspectiva nos permite evitar la tendencia a pensar a todo orden jurídico como basado en el Estado, facilita una comprensión histórica del derecho, a la vez que permite el estudio de las situaciones en las que no hay disputa; permite apreciar la dinámica de la imposición del derecho y la resistencia a este proceso, a la vez que resalta el carácter cultural del derecho, de modo que comprendemos que este no funciona aisladamente sino que es expresión de un conjunto de fenómenos sociales y culturales que interactúan con él (Merry 1988: 889-890). En un primer análisis dijimos que el pluralismo legal nos permitía reivindicar para el caso amazónico:

- a.- El derecho indígena como producto particular e histórico
- b.- El desarrollo dialéctico del derecho indígena y la sociedad nacional

c.- La falsedad de las propuestas universalistas del derecho positivo

Ahora contrastaremos esto con el pensamiento jurídico heredado de la colonia, la reflexión jurídica derivada de la expansión capitalista de la frontera y los sistemas de cosmovisión y estructuración social indígena.

Para referirnos al pensamiento jurídico heredado de la Colonia creemos que es fundamental el debate Las Casas - Sepúlveda, no porque fueran los únicos interlocutores sino porque condensan en sus posiciones un debate social que enfrentó a amplios sectores en la España y la América de los siglos XV y XVI. Las Casas representaba una postura filosófica en favor del respeto a la identidad americana, aun cuando estuviese bajo el control colonial. Sin embargo, su presencia en el escenario histórico es en cierto modo tardía por cuanto su reflexión tuvo que enfrentarse a los hechos consumados de casi un cuarto de siglo de ejercicio colonial español. Por otro lado, el pragmatismo político y las necesidades económicas de la Corona favorecieron la posición de Sepúlveda como lo resume el propio Fernando de Aragón cuando al ser informado de la alta mortandad entre los indios de las islas Bahamas, señaló que esta «es algo pesada para nuestra conciencia y no muy provechosa para el negocio» (Simpson 1970: 41).

De modo que las necesidades y los hechos consumados presionaron en favor de la explotación de los indios en los términos mas crueles. Pero la propia conciencia de estos teóricos se estremecía ante la crueldad de los hechos americanos por lo que se desarrolló todo un discurso para autojustificarse. Esta justificación recurrió a una representación del otro donde el salvajismo, la crueldad y la ignorancia de estos indios conducía inevitablemente a la intervención colonial. Sepúlveda resumió muy bien esta visión al caracterizar a los indios como infieles de "rudo ingenio" que viven en el pecado y la idolatría matando hombres para "sacrificarlos y

comerlos..." (Las Casas 1975), por lo que era necesario llevarlos al camino de la fe.

Frente a esta posición, posteriormente consolidada en el derecho, era imposible plantearse la posibilidad de un reconocimiento a formas de organización propias de los pueblos americanos. Aun cuando en un primer momento, se dieron ciertas negociaciones con los gobernantes americanos y hasta se llegó a reconocer la existencia de una república mapuche, la propia dinámica de la exacción de recursos impulsada por el capitalismo mercantil condujo a un retroceso en tales consideraciones y llevó finalmente al exterminio directo de la población indígena, más aun a sus sistemas de representación y organización social.

La difusión de este pensamiento fue veloz y eficaz, para Simpson ello se debe al hecho de que Cuba y la Española fueron la escuela fundamental de casi todos los conquistadores españoles. Desde una perspectiva marxista este pensamiento se difundió no porque los medios de difusión fueron eficaces sino porque las características del sistema de dominación así lo imponían. De modo que la idea de que los indios debían servir al engrandecimiento de España y sus súbditos no es sino un reflejo de los condicionamientos sociales y económicos impuestos a los pueblos americanos. En opinión de Simpson esta percepción de lo indio ha perdurado hasta hoy, como el señala cuando dice que "es aún uno de los rasgos culturales más persistentes en el elemento dirigente de Méjico" (Simpson 1970: 11), de modo similar

Stavenhagen refiriéndose a la situación del derecho dice que esta actitud es "...típica de muchos países independientes multiétnicos" (s/f: 33).

A modo de conclusión diremos que la percepción cultural de lo americano favoreció la negación de la existencia de sistemas de organización social que pudieran permanecer o coexistir con el dominio colonial, por lo que se intentó homogenizar a las

sociedades americanas a la luz del sistema social y político impuesto por los españoles. De modo entonces que no resulta extraño que la filosofía del derecho colocara en segunda categoría al derecho consuetudinario, más aún en el caso de la Amazonía donde la percepción de los indígenas amazónicos es aún hoy la de «Aucas» o «Chunchos».

En tal sentido, debemos superar toda negación del derecho consuetudinario basada en estas posiciones culturalistas y civilizadoras que buscan imponer un único modo de entender la realidad y de articular lo social. Afirmamos la existencia de variadas formas de organización social, tantas como identidades étnicas podamos hallar, e incluso al interior de una misma identidad podemos hallar modos de relación social distintos o diferenciados y, en algunos casos, correspondientes a distintos niveles de estratificación social.

Así por ejemplo nuestra reflexión alrededor de la cosmovisión nos reafirma en lo dicho dado que de acuerdo a la evidencia etnográfica apreciamos cómo distintas percepciones de lo natural y lo sobrenatural conducen a distintas respuestas sociales frente a un hecho determinado. Más aún la configuración del conflicto al interior de las sociedades indígenas aparece como un proceso de catalización de tensiones sociales, donde tanto los enfrentados como los líderes actúan socialmente en la difusión y colectivización del conflicto así como el establecimiento de una respuesta colectiva legítima.

Un tercer elemento que influye en la caracterización del derecho indígena es la importancia y la dimensión de los procesos de contacto cultural. El contacto cultural afecta directamente a los sistemas de estructuración social, configuración del poder y construcción del liderazgo. De hecho la expansión de la frontera de colonización favorece la nucleación territorial y la variación del patrón de explotación del medio en todas las sociedades de largo

contacto. Ello tiene consecuencias a nivel jurídico, como por ejemplo en el caso del principio de apropiación de los productos de la tierra a través del trabajo, el que en algunos caso es reemplazado por la noción de propiedad privada, en cuyo caso el valor económico de los recursos a los que se aplica, acelera el proceso de apropiación individual.

El contraste entre los casos de los "frentes de expansión nacional" del caucho y de la sarrapia y las características del contacto cultural nos sugieren dos tipos de respuestas distintas a nivel de los sistemas de estructuración social mientras en el primero lo que se produjo fue la fusión o la desaparición, en el segundo se dio un proceso de adaptación e integración. De modo que una vez más son los condicionantes económicos los que determinan la respuesta cultural, sin embargo, lo cultural no es necesariamente receptor sino actor como nos sugiere Whitten (1988).

En un comentario sobre un texto de otro autor Whitten señala que las construcciones y constituciones culturales tienen un poder clotónico, el "...que es un mecanismo restrictor e impulsor a la vez..." (Whitten 1988: 283). Explica que este poder clotónico se halla en "...la historia, mitos y la transmisión de la estructura de conquista..." (Whitten 1988: 283). Este poder clotónico actuaría en la adaptación cultural y en la incorporación de formas occidentales en el Derecho. Sin embargo, este poder clotónico actúa en la medida en que haya posibilidad de expresión cultural, pero si las enfermedades o el genocidio diezman la población en niveles en los que la reproducción de los roles culturales y sociales es imposible, entonces la desaparición o el etnocidio estarán garantizados.

De modo que la propuesta de Whitten nos parece valida siempre que reconozcamos el límite de la misma. Solo en tal sentido es que podemos reconocer al derecho como un elemento que contribuye a la reproducción cultural y donde actúa el poder clotónico tal como el

caso Aguaruna lo sugiere.

Refiriéndose al caso de los Apinayé del Tocantins, Da Matta muestra su crítica situación fruto del contacto pero nos sugiere que el poder místico, "el poder del débil", con el que cuentan les está permitiendo integrarse positivamente en el sistema social dominante. En un nivel exageradamente optimista Stavenhagen dice que "es su coherencia interna, su organización social, así como el mantenimiento de sus propias tradiciones, leyes y costumbres, incluso la autoridad política local" (1988: 57), lo que ha permitido sobrevivir a los pueblos indios.

El comentario de Stavenhagen es exagerado pues parece olvidar que muchos pueblos indios no pudieron sobreponerse a las características del contacto y sucumbieron, desapareciendo para la historia. Mientras que otros muchos grupos, en los que el contacto favoreció un relacionamiento pacífico tuvieron que adaptarse para poder sobrevivir. Y es que la cultura es fundamentalmente dinámica, aún cuando queramos aferrarnos a tradiciones supuestamente milenarias que muchas veces no son sino la expresión más cabal del poder clotónico al que se refiere Whitten.

Nos atreviéramos a decir que el poder clotónico actúa con mucha libertad y efectividad cuando la situación de contacto se caracteriza por una ausencia de competencia por los recursos. En estos casos la propiedad privada elemento clave en la lógica capitalista tan sólo se mantiene a nivel de los bienes de uso personal como herramientas y vestido, tal como lo registra Goldman (1963) para el caso de los Cubeos del Vaupés, además de las remuneraciones por trabajo asalariado, mientras que el uso y disfrute de recursos naturales tiene base en las relaciones de parentesco.

Para la sociedad nacional interesa introducir la propiedad privada como mecanismo de expansión del capitalismo y del propio concepto

de la colonización (Stavenhagen s/f: 40). Sin embargo, es cierto que el capitalismo adopta formas y mecanismos peculiares en el tercer mundo, más aún en zonas de frontera por lo que coincidimos con Rochabrún en que el capitalismo "puede reemplazar hasta cierto punto los objetos de la producción pero no destruye las relaciones sociales mismas con las que dichos objetos son producidos" (Citado en Ballón 1978: 150), salvo en el caso en que se presente el etnocidio.

La expresión más acabada de ello sería el caso del desarrollo de la justicia nativa Aguaruna en donde el contacto favoreció una experiencia tanto con "nuevos valores e instituciones" como con el funcionamiento de los mecanismos de resolución de conflictos de la sociedad nacional; todo ello produjo, según Ballón (1989), una autocrítica de los mecanismos tradicionales de resolución del conflicto, a la par que una comprensión de los límites de los mecanismos externos, llegándose finalmente a la alternativa de plantearse una administración de justicia que, recogiendo los mecanismos de acción tradicionales incorpora elementos procesales occidentales que le dieron una característica de modernidad suficiente como para recibir el reconocimiento de la sociedad nacional y de esta manera mantener dentro de su esfera de control la regulación del conflicto al interior del grupo.

4.1 La viabilidad del derecho consuetudinario

"Una nueva política penal tiene que responder a la pregunta ¿cómo compatibilizar la existencia de una sociedad pluriétnica con un sistema administrativo central?, no existiendo una variedad indeterminada de respuestas." (Ballón 1981: 115).

Según Iturralde el movimiento indígena está incorporando la demanda por el reconocimiento del derecho consuetudinario en su discurso, dándole una tónica coherente con sus demandas por la tierra y los recursos. El concepto que Iturralde recoge hace referencia a un "conjunto de normas y prácticas jurídico-culturales, que son anteriores y distintas al derecho nacional; que por estar ajustadas a las necesidades de la vida social y provenir de ella, y de su acumulación y depuración históricas, son más apropiadas para la regulación del comportamiento de las comunidades y para la defensa de su ser como pueblos diversos". (Iturralde, s/f: 51).

Para Sánchez Parga el futuro de los pueblos indígenas está vinculado a su incorporación a la sociedad nacional y a las posibilidades de participación de los pueblos indígenas en aquella (1992:76-83), lo que pasa tanto por definir una legislación indígena como los modos de representación política. Concretamente propone el establecimiento de un fuero indígena que incorpore el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al funcionamiento de la sociedad nacional.

Las dos posiciones antes reseñadas responden a la pregunta por cómo resolver el problema de la coexistencia de dos sistemas jurídicos en un mismo espacio social. Este es, nuevamente, un problema derivado de la situación de contacto, pues mientras la intensidad del contacto es baja, las consecuencias práctica del pluralismo legal no interesan a la sociedad indígena, pero cuanto este contacto se profundiza, el derecho occidental y el sistema estatal

no solo que cuestionan sino que rechazan la validez de una respuesta fundamentada en el derecho consuetudinario y exigen que la sociedad indígena se incorpore a la dinámica del derecho positivo. La titulación de comunidades indígenas en Ecuador y Perú es un ejemplo de ello.

Ahora bien el problema que se plantea es en qué medida es posible la coexistencia de ambos sistemas jurídicos dentro de un esquema jurídico formal y no simplemente fáctico. Es decir, si bien es cierto que en la realidad los grupos indígenas amazónicos reconocen y utilizan un sistema jurídico consuetudinario de hecho y a la vez se insertan en la dinámica de los mecanismos formales del derecho positivo moderno, cabe preguntarse cómo y con qué efectos es posible que esta polivalencia del comportamiento jurídico quede plasmada en el derecho positivo moderno y de esta manera se reconozcan plenos efectos jurídicos al derecho consuetudinario.

A) Varios autores han señalado que el contacto entre sociedad nacional y sociedad indígena²⁶ depende de las relaciones sociales y económicas que los miembros de la sociedad nacional buscan imponer, las mismas que determinan el resultado (Ribeiro 1986; Henley 1982; Da Matta 1982). Es claro que se dan múltiples variaciones en las características de éstas relaciones, desde el desarrollo histórico de la colonización, el carácter estacional o permanente de una economía extractiva, la disponibilidad de mano de obra (Henley 1982) hasta las diferencias en el precio de mercado de un producto o en el valor de los productos colectados en un mismo tipo de frente (Da Matta 1982). Además de todo ello debemos tener presente que la relación sociedad-naturaleza se plasma de manera diferente en el derecho positivo occidental y en el derecho consuetudinario indígena. En ambos casos cada sistema jurídico presenta una lectura particular acorde a los intereses que caracterizan a la relación de contacto cultural, por lo que siendo el derecho positivo moderno el "único" reconocido como válido por la sociedad nacional, ello garantiza la consolidación y permanencia

del sistema de dominación de los grupos indígenas y la destrucción del ambiente a manos de la economía de mercado.

La profundización del contacto cultural conduce a la modificación del patrón de aprovechamiento de recursos y finalmente a la integración en la sociedad nacional, con lo que el sistema cultural, incluido el Derecho, se trastoca y es reemplazado por los mecanismos que brinda la sociedad nacional. Un ejemplo de ello lo tenemos en el caso de los Quichuas del Napo agrupados en la Federación de Comunas Unión de Nativos de la Amazonía Ecuatoriana-FCUNAE²⁷. La Federación señala el caso de nativos que no se integran a las actividades comunales y mantienen prácticas productivas propias de los colonos con una clara inclinación hacia el fraccionamiento y venta de las tierras. Dentro de esta categoría de "colonos nativos" se hallan un total de 87 familias asentadas en 20 comunidades. Por ejemplo, en 1989, los centros Florencia Alta y Bello Horizonte se separaron de la comunidad Santa Teresita y se constituyeron en una nueva comunidad. Se trata de alrededor de 30 familias, entre quienes hay 9 profesores y 6 empleados municipales. Un dirigente entrevistado por Pazmiño (1991) señala que por influencia de estos empleados públicos los miembros de estos centros únicamente están interesados en que se lindere y adjudique las tierras para luego separarse de la organización y disponerlas privadamente sin trabajo ni beneficio comunitario.

Este ejemplo muestra que al variarse el patrón de asentamiento, accediendo al concepto y realidad de la "comunidad nativa", se varia hasta los valores cosmogónicos que definen el papel de la tierra, de la apropiación de recursos por el trabajo y de la interrelación con los seres espirituales por efecto de la economía capitalista avida de recursos naturales²⁸. En este proceso el derecho occidental sirve como mecanismo de consolidación pero a su vez es el mejor modo de representar la profundización de un contacto cultural probablemente iniciado dos generaciones atrás.

Otra modalidad del impacto del contacto cultural la tenemos en el caso del desarrollo del derecho en la sociedad Aguaruna, el mismo que se encuentra con la aceptación de la sociedad nacional. En un primer momento podríamos pensar que por un mandato legal, dado que el artículo 16 del Decreto Ley 20653 disponía el reconocimiento de formas indígenas de resolución del conflicto en determinadas materias, pero sabemos que este mandato fue ineficiente (Ballón 1978: 152). A la luz de la declinación de competencia tanto del teniente gobernador como de la policía, en un caso de robo y en otro de violación, diríamos con Becker (1992) que si bien hay una construcción del espacio desde el poder y al amparo del capital, en la dimensión local es posible plantear un contrapoder, una estrategia de resistencia que implica, asimismo, una construcción del espacio y la sociedad²⁹, como lo ejemplariza el caso de los Aguaruna del Chiriaco. De modo que podemos afirmar con Star y Collier (1987) que existe una situación de pluralismo legal³⁰; es decir, "una situación en la cual dos o más sistemas legales coexisten en el mismo espacio social (Merry 1988: 870). De esta manera podemos reconocer que hay una interacción entre sistemas jurídicos fundamentalmente diferentes en su estructura conceptual, a la vez que observamos una dinámica de resistencia y reestructuración³¹ en un contexto histórico determinado (Merry 1988: 873).

B) Creemos que el principal impacto que se puede producir sobre las sociedades indígenas a la luz de las experiencias en el Derecho de estas, es el paso hacia una creación de la dimensión "Estado" al interior de las mismas. Dos factores nos conducen a tal afirmación: a) la reestructuración de la sociedad indígena expresada en el análisis de hechos como la creación del tribunal Aguaruna, de la Jefatura de Justicia Nativa del Alto Marañón, la introducción de la codificación de las normas y de sanciones como la prisión y b) la irreversibilidad de los procesos de colonización, donde, por ejemplo, la sociedad Aguaruna ha mantenido un largo contacto con la

sociedad nacional.

En un artículo publicado en 1964, Schwartz y Miller reflexionan sobre los niveles de complejidad social en relación a los mecanismos de resolución del conflicto que utiliza cada sociedad. Su investigación aun cuando advierte de las limitaciones de cualquier generalización nos permite advertir como los niveles de organización social se reflejan en el derecho. A partir de ello y a la luz de las experiencias desarrolladas en zonas donde las características del contacto cultural han permitido un largo contacto de las propias estructuras sociales vemos que tanto una como otra sociedad incorporan elementos a la vez que imponen sus propios patrones, sin embargo, la balanza ha ido siempre en favor de las sociedades estatales hecho que el mismo derecho, en el caso del Asia y Africa, ha reflejado.

Las características más o menos similares de la relación Estado - Sociedad Indígena en los países andino amazónicos, salvo Venezuela, pueden impulsar un proceso similar en cada uno de ellos. En general desde las comunidades más pequeñas hasta las propias confederaciones étnicas son obligadas a asumir un modelo de representación política como única opción de negociación con la sociedad nacional. Las disposiciones constitucionales así como las leyes de comunidades nativas disponen el reconocimiento de los derechos territoriales mediante la figura de la organización comunal. La necesidad de elegir representantes comunales en base a un modelo de "democracia representativa" así como la necesidad de que estos representantes cuenten con una amplia capacidad de negociación y decisión sobre los intereses de las comunas, son dos elementos extraños a la concepción indígena amazónica del liderazgo y, por tanto, contribuyen al establecimiento de liderazgos débiles con poca capacidad de negociación.

En definitiva el contacto con el sistema político impuesto por la sociedad nacional genera: a) un apartamiento de los patrones

tradicionales de acción política; b) la constitución de una representación política indígena débil; c) una inserción fragmentada y débil de lo indígena en el sistema político de la sociedad nacional; d) la falsa necesidad de adoptar un sistema de organización indígena cada vez más compatible con el de la sociedad nacional y, derivado de lo anterior, e) una reconceptualización de las sociedades indígenas incorporando el Estado a su visión de la sociedad, los ejemplos más palpables de ello son la subordinación de las actividades económicas al calendario escolar, la representatividad social de los maestros, la importancia de la participación en el servicio militar y el interés en participar de los niveles locales de gobierno. Todos estos factores se expresan en la necesidad de escribir el derecho, de establecer tribunales, de adoptar un sistema occidental de penas y, probablemente, hasta de incorporar valores occidentales al sistema de representaciones sociales que sustenta la operación del derecho en las sociedades indígenas.

Zarzar estudiando el caso del contacto cultural con los Nahua dice que estos: "...están pasando de ser una sociedad en estado de guerra - al igual que los antepasados de los actuales Pano del bosque que se enfrentaron y huyeron del avance cauchero- a ser una sociedad vencida. Al aceptar relacionarse con la sociedad nacional están perdiendo una característica esencial a su ser social y un rasgo atávico de su historia. Hoy se puede ver deambulando por el pueblo de Sepahua algunos Nahua mendigando comida en las casas de los patrones mestizos." (1990: 349). De modo

similar podemos decir que "gracias" al efecto de las relaciones con la sociedad de mercado y su sistema de representación política las sociedades indígenas de los países andino amazónicos están perdiendo muchas características de su ser social, entre ellas su concepción del poder y lo político. Así se puede ver hoy el caso de muchos representantes indígenas mendigando un puesto en las listas de candidatos a representantes políticos locales regionales o nacionales.

Una muestra de ello es el hecho de que en la elección presidencial y de representantes parlamentarios de 1990, algunos integrantes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Peruana (CONAP) se presentaron como candidatos del Frente Democrático liderado por Mario Vargas Llosa mientras que sus compañeros de dirigencia fueron candidatos por la Izquierda Socialista de Alfonso Barrantes Lingán. Otro caso es el de la Federación de Comunas Unión de Nativos de la Amazonía Ecuatoriana (FCUNAE) que apoyó al populista Abdala Bucarám, líder del Partido Roldosista Ecuatoriano en la elección presidencial de 1988. Mientras que en 1992 apoyaron al centro-izquierdista Liberación Nacional, logrando ubicar un diputado hoy desafiliado e independiente. Igualmente en el período 1988-1992 la social-demócrata Izquierda Democrática, que accedía al gobierno ecuatoriano, ubicó a un indígena de Chimborazo como diputado. Posteriormente, este diputado se desafilió y pasó a las filas del Partido Social Cristiano en la oposición de derecha.

C) Al preguntarse por el futuro del derecho indígena, hay dos temas que resolver: el nivel de complejidad social al cual es aplicable el derecho consuetudinario y si este en tal condición puede ser reconocido como sistema jurídico. Sobre el punto Hart dice que:

a) un conjunto de normas de derecho consuetudinario sólo puede ser aplicable a "...una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable..." (Hart 1977: 114),

b) este conjunto de normas no configura un sistema jurídico sino que son "...un conjunto de pautas o criterios de conducta separados,...", además de que actúan "...de manera similar a las normas de etiqueta..." (Ibíd).

En primer lugar y desde una posición intuitiva -tanto como la de Hart- parece ser cierto que el nivel de complejidad social al que resulta aplicable el derecho consuetudinario puede ser limitado en cuanto a volumen poblacional y espacio geográfico, pero no olvidemos que las normas del derecho positivo no son las mismas en

toda una provincia, no digamos un país, y no por ello el sistema jurídico positivo desaparece ni está en crisis. Sin embargo, en relación a la segunda afirmación la rechazamos, pues en el mejor estilo de un postulado cientificista pretende universalizar unos elementos, unas pautas, unas condiciones que no sólo son fruto de un proceso histórico, como ya dijimos, sino expresión de un sistema político, que es el sistema político estatal. Esto es evidente y se halla explicitado por Raz quien nos dice: "Los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales "autárquicas"; son un aspecto o una dimensión de algún sistema político. Este hecho atañe a la delimitación temporal de los sistemas jurídicos continuos [...]. Los criterios jurídicos autónomos son aquellos que derivan del contenido de las disposiciones jurídicas, de sus interrelaciones y de su eficacia. Confiar en ellos presupone que no sólo el funcionamiento interno, sino, también, los límites precisos del derecho pueden ser fijados sólo sobre la base de consideraciones específicamente jurídicas. Sin embargo, el derecho es un aspecto de un sistema político, ya sea un estado, una iglesia, una tribu nómada o cualquier otro; tanto su existencia como su identidad se encuentran vinculados con la existencia o identidad de sistema político del cual es parte" (Raz 1986: 253).

En consecuencia, es necesario evaluar las posibilidades de desarrollo y coexistencia del derecho occidental y derecho consuetudinario. Es decir, mientras por un lado es necesario que el derecho occidental reconozca los derechos indígenas sobre el territorio y garantice su consolidación frente a las amenazas de los intereses mineros, forestales y petroleros, también es necesario reconocer un espacio de acción al derecho consuetudinario indígena como elemento que permite mantener la identidad cultural de los pueblos amazónicos. Ahora bien ello sólo será posible en la medida en que los pueblos amazónicos se constituyan en actores sociales organizados y puedan enfrentar eficazmente las presiones de la sociedad nacional y las distorsiones que crea la economía de mercado. Esta propuesta de constitución de actores sociales

integrados y de desarrollo de mecanismos sociales y políticos de carácter democrático abre camino a la integración de la problemática amazónica dentro del contexto de lo nacional y por tanto abre puertas al desarrollo de alternativas de solución. La fragmentación de los sujetos sociales en la región amazónica es uno de los factores que más la afecta pues no permite canalizar correctamente las demandas de sus pobladores. Por otro lado, los propios actores sociales desconocen (¿o se niegan a reconocer?) las distintas aristas de la problemática amazónica debido "a la negación del contrario" que impera en el régimen de relacionamiento político patrimonial y que impide la conformación de identidades más generales.

D) Finalmente, una reflexión sobre el significado político del rechazo del derecho positivo al derecho indígena. Esta negación de su pertinencia y de su propuesta así como el intento de cooptar a sus proponentes no es una actitud nueva. Como ya lo denunciara Marx (1955) el sector dominante se opone siempre al ascenso de una nueva clase que cuestiona el ejercicio del poder por aquellos. En el plano del Derecho ello fue observado por el propio Kelsen quien refiriéndose al resurgimiento del derecho natural decía: "La doctrina nuevamente revivida en el Derecho Natural, cuyo carácter conservador es inconfundible, no puede ser interpretado de otra manera que como una ideología de que se sirve la burguesía para defender su amenazada situación en el poder frente al asalto del proletariado socialista. Y no deja de ser interesante aclarar que esta burguesía se sirve de la misma ideología que combatió como clase emergente, en los comienzos del siglo XIX. Entonces era el noble feudal el que había tratado de legitimar sus privilegios con un ordenamiento divino." (Kelsen 1990: 174).

De manera que la actitud política expresada en algunos términos jurídicos de una única nacionalidad, territorio y gobierno, que se utilizan frente a las demandas indígenas de pluriculturalidad y multiétnicidad, de territorio y autogobierno, entre otras, no es

sino la actitud más previsible de una dominación que se ve amenazada al plantearse una propuesta alternativa.

Hoy este derecho positivo es el medio de expresión de una burguesía capitalista dependiente y decadente que se niega a reformular la participación en el poder, permitiendo el ascenso de las mayorías, la humanización de la economía, y el gobierno de nuestro propio destino. El capitalismo dependiente en que vivimos, con sus propuestas neoliberales, internacionalizadoras y privatizadoras no traen nada nuevo. El ejemplo de Yeltsin rindiendo cuentas ante el Congreso Norteamericano y rogando por apoyo económico nos dice a las claras quien es el patrón y hacia donde vamos. Pero no debe olvidarse la burguesía que no hay peor amenaza para su poder que el hambre y la desocupación. Por ello para Cotler la crisis peruana es

"...un adelanto de lo que sobrevendrá a los países latinoamericanos en caso que no se varíe el régimen patrimonial de gobierno."
(Cotler 1991).

NOTAS AL CAPÍTULO I

1.- "In classic legal pluralism, this dialectic takes place in situations in which different orders are readily identified and the dynamics of resistance and restructuring by groups experiencing the imposition of a very different normative order are relatively easy to see" (Merry 1988: p 873).

2.- Nos referimos a "El Impacto de la Sociedad Nacional en el Derecho de las Sociedades Indígenas". Monografía Flacso. 1992.

3.- "Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas, conocido por tal sociedad, será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primeros en habituales o usuales, y luego en obligaciones; y el inverso proceso de declinación... [...] En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas;..." (Hart citado por Ballón s/f:)

4.- "... el positivismo contemporáneo [es el] que pretende abrir un foso profundo, crear una grieta escarpada entre lo que es ley y lo que no lo es: a partir del positivismo se tratará de dos campos que no deben confundirse, que no deben tocarse. De ahí toda la cuidadosa elaboración en el Derecho actual de una teoría de las fuentes formales que establezca ineluctablemente la distinción entre lo que es norma positiva y lo que no lo es; de ahí la necesidad de colocar el razonamiento jurídico dentro de la camisa de fuerza del formalismo a fin de evitar que la "locura", el desorden, la confusión, puedan anular el corte limpio de esa partición entre lo legal y lo ilegal. Es verdad que esta tarea es imposible y está eternamente condenada a un fracaso recurrente, pero lo significativo en el Derecho "moderno" es que el esfuerzo de ordenación y formalización es también recurrente: la obsesión por distinguir entre Derecho y no-Derecho prevalece en la mentalidad jurídica contemporánea, formada por el positivismo, aun cuando tal distinción no pueda ser consolidada porque es continuamente puesta en cuestión" (Trazegnies 1981: 196-197).

NOTAS AL CAPÍTULO II

5.- Un caso similar ocurre con los consejos de familia por ejemplo en el derecho civil peruano, sin embargo, el funcionamiento de tal institución es más una ficción que un hecho socialmente sancionado.

6.- Causa penal 507/71, Homicidio, Segundo Tribunal Correccional, Corte Superior de Junín, recogido por Ballón (1981: 133-143).

Miguel Martín Espíritu Ascencio, indígena Amuesha, Gobernador de la comunidad del "Palomar", distrito de Chanchamayo, provincia de Tarma, Departamento de Junín, casado con Jacinta López Andrés y Martha López Santiago, hija y hermana de Sebastián López respectivamente, dio muerte a Sebastián López, el curaca tradicional de la comunidad. Miguel tuvo una nueva hija con Jacinta quien había abandonado la casa dando a luz donde su padre. La recién nacida se hallaba enferma desde hacia un tiempo por lo que Miguel recogió a Jacinta de la casa de su padre y recurrió al shaman Santiago Ascencio Lázaro con quien masticaron coca y piri-piri para tratar de identificar la causa de la enfermedad. Una semana después y bajo el efecto de ambas sustancias, luego de una discusión con su suegra, Miguel recibió la visita de Sebastián López quien mientras estaba sentado en la puerta de la casa recibió el disparo de la escopeta de Miguel. Luego de consumar el hecho Miguel declaró "He matado al diablo que todas las noches venía a fastidiar".

Durante el proceso judicial el Fiscal dictaminó "...se concluye de que el inculpado, en su intención de proseguir conviviendo con la hija y hermana del agraviado, ante las insistentes llamadas de atención de este, para que enmiende su conducta inmoral, [...] y al haberse madurado su odio, aprovechó esa oportunidad para ultimar al padre y hermano de sus convivientes..." (Ballón 1981: 138).

Finalmente el Segundo Tribunal Correccional lo condenó a seis años de penitenciaría.

7.- "Debido [...] al hecho de que los Achuar producen una razonable cantidad de racionalizaciones lógicas para justificar sus actividades de guerreros, yo definiría sus actividades conflictivas dentro de un marco «jurídico o para-jurídico y político»." (Colajanni 1984: 234).

8.- Causa penal 156/73, Homicidio, Tribunal Correccional, Corte Superior de Loreto, recogido por Ballón (1981: 151-162).

Eusebio Sandi Hualinga y César Cariajano Mucushua, indígenas jíbaros, probablemente del grupo Huambisa, salieron de Barranquilla, en el río Corrientes, en una canoa con motor en busca de plátanos. Iniciado el viaje se encontraron con Cristóbal Chuje Sandi y Vicente Tapuy Paredes, a quienes ofrecieron remolcar. Al llegar a un determinado punto Eusebio dijo que los remolcaba hasta ese lugar por lo que Cristóbal y Vicente desembarcaron y se disponían a desamarrar su canoa cuando recibieron los disparos de Eusebio y César, los mismos que les causaron la muerte. Echados los cuerpos al río y fondeadas la canoa y las pertenencias de las víctimas, Eusebio y César retornaron a Barranquilla sin plátanos. Durante el proceso ambos señalaron que la razón por la que dieron

muerte a Cristóbal y Vicente era que estos practicaban la brujería y eran responsables de la desaparición de muchas personas, por lo que era necesario tomar venganza.

"Sé que hay problemas y que cuando yo llegue posiblemente el grupo enemigo quiera matarme. Esto va a ser para mí un problema, pues nosotros no abandonamos nuestras tierras y debemos defendernos y matar; pero yo no quiero volver a la cárcel, por eso si nos atacan tendremos que cambiar nuestro lugar de residencia, aunque esto es una cobardía" (Ballón 1981: 153).

Eusebio Sandi Hualinga declaró que él era el más anciano de su grupo y si le mataban a alguien, él tendría que reunir a la gente para organizar la venganza. (Ballón 1981: 155).

Eusebio Sandi Hualinga y César Cariajano Mucushua respondieron a la pregunta por quién es el hombre que en su mundo tiene más prestigio: "la persona que habla más fuerte y la que tiene algunos muertos a su favor". (Ballón 1981: 155).

9.- "Sin hechiceros no nos mataríamos unos a otros, es por ellos por lo que nos matamos. Por vengarnos de aquellos que nos brujean. Todos los hechiceros deberían ser exterminados". (Colajanni 1984: 230).

10.- "... la quiebra del cráneo del primer enemigo le permitirá acceder a la condición plena de hombre: primera venganza, primera "renombración", primer acceso a una mujer fértil, a un verdadero matrimonio y primera paternidad" (Cunha y Viveiros 1990: 183).

La institución de una venganza organizada y regulada es otro ejemplo de sanción de desquite. La muerte de un hombre, sea intencional o accidental, constituye una ofensa a su clan, a su comunidad local o a sus parientes, por lo que es necesaria una satisfacción (Radcliffe-Brown 1974: 244).

11.- Causa penal s/n, Homicidio, Tribunal Correccional, Corte Superior de Justicia de Moyobamba, recogido por Ballón (1981: 175-176).

El 5 de diciembre de 1965, se realizó una fiesta del grupo Aguaruna asentado en el río Tío Yacu. Durante el baile Chujai Dase Yampaniack, de 14 años de edad, dio muerte por la espalda a Thi con una escopeta. En el proceso, desarrollado hacia 1974, se supo que Chujai había sido instigado por Chamiki quien mantenía una vieja rivalidad con Thi. Igualmente se supo que Chamiki había sido muerto unos años después por los familiares de Thi.

12.- "... lo que crea la apropiación es el trabajo productivo, lo que garantiza el acceso a los recursos es la participación en un nexa endogámico, lo que justifica el derecho de uso prioritario

sobre un determinado territorio de caza es la presencia física en esa área de recursos naturales finitos, mientras esa presencia no comprometa la reproducción material de otra unidad doméstica." (Descola 1983: 8).

13.- "... hay un sentimiento general negativo acerca de la gente que no comparte su carne. Aquel que no lo hace, puede ser llamado "Chian", la figura de un mito, que comió a sus esposas y tenía tanta hambre que llegó a comer su propio cuerpo. Aquel que no regala carne se arriesga a insultar a otros y originar conflictos". (Subrayado nuestro) (Romanoff 1977: 123).

NOTAS AL CAPÍTULO III

14.- "La manera en que una sociedad interactúa con el ambiente no es sólo un problema que pueda entenderse en términos de mayor o menor aplicación de racionalidad a la explotación del ambiente sino que se trata de un entero sistema de comportamiento que se relaciona y se sustenta en una determinada ideología o sea una peculiar visualización, valoración, percepción de la naturaleza y conceptualización del universo [...] Este tipo de adaptación ecológica [...] ha permitido a la sociedad campá vivir y prosperar por siglos en un medio ambiente extremadamente delicado y difícil" (Varese 1973: 50).

15.- El antecedente de todo este desarrollo es el derecho romano, marcado por el pensamiento religioso hasta el siglo III a.c. Incluso posteriormente, en la Roma de los siglos V a.c. al V d.c., la definición de soluciones legales a las controversias judiciales se guiaban no por las "leyes ni disposiciones similares, sino precisamente el criterio de justicia y coherencia entre las diferentes respuestas aportadas" (Rubio 1984: 350).

16.- "La filosofía de esta doctrina (más tarde sería elaborada por Francisco de Vitoria) puede ser enunciada en pocas palabras: el Nuevo Mundo fue concedido por Alejandro VI a España y Portugal solamente con el propósito de convertir al pagano. Por tanto los españoles no tenían derecho alguno a utilizar a los nativos con propósitos temporales; ni la corona española tenía ningún derecho a utilizar sus personas para su provecho, excepto para apoyar el propósito de la concesión" (Simpson 1970: 53-54).

17.- "Las Casas fue un poderoso propagandista y su valor para la Corona, en su conflicto con el incipiente feudalismo del Nuevo Mundo, es manifiesto; pero en la elaboración de la legislación sobre el indio, pienso que su importancia es secundaria en relación a la de Francisco de Vitoria, el filósofo de Salamanca, y seguramente respecto al gran cardenal dominico fray García de Loaisa, que como presidente del Consejo de Indias, ejercía su influencia sobre el pensamiento de esta todopoderosa institución durante los críticos años de 1524-1546, cuando se les dio a las leyes de Indias su teocrático y humanitario tono. Pero ninguno de

estos hombres eminentes deo escritos tan explícitos e implacables como los de Las Casas, que continúa ejerciendo una fascinación sobre los estudiosos del período." (Simpson 1970: 8).

18.- Fernando "...fue informado de que las expediciones para cautivar indios en las Bahamas no estaban siendo llevadas con eficiencia, y el transporte y el hambre habían causado una gran mortandad entre los indios de estas islas, tan alta que «es algo pesada para nuestra conciencia y no muy provechosa para el negocio»". (Simpson 1970: 41).

19.- "Cuando Nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las Islas y Tierra Firme del Mar Océano, descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención... fue de procurar inducir y atraer los pueblos de ellas, y los convertir a nuestra Santa Fe Católica, y enviar a las dichas Islas y Tierra Firme, Prelados y Religiosos, Clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios para instruir los vecinos y moradores de ellas en la fe católica, y los doctrinar y enseñar buenas costumbres, y poner en ello la diligencia debida... Suplico al Rey mi Señor muy afectuosamente y encargo y mando a la Princesa mi hija y al Príncipe su marido [Juana la Loca y Felipe I] que así lo hagan y cumplan y que éste sea su principal fin y en ello pongan mucha diligencia y no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas Islas y Tierra Firme ... reciban agravio alguno en sus personas y bienes: mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean de manera que no se exceda cosa alguna lo que por las letras apostólicas de la dicha concesión nos es inyungido y mandado"

Recopilación de las Leyes de Indias, Vol I, X, I citada en Simpson (1970).

20.- Ley de Indias número 2, título 1, libro 4, citado por Hernaez (1879: 21).

21.- Ley de Indias número 10, citada por Hernaez (1879: 17).

22.- "...El derecho y la historia cumplen su función de justificación y llega un momento en que se dejan de oír los gritos de la violencia, la que no por eso habrá de desaparecer. La historia mundial comenzará entonces a nacer; el arte de construirla consistirá en poner la sordina al griterío, hacerle que suene como «palabra»..." (Roig 1985: 211).

23.- Concepto jurídico feudal que define a los siervos no ligados a la tierra, es equivalente a «vasallos patrimoniales».

24.- "...la relación entre el derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es, históricamente, una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada. [...] Esta situación legal, tan característica de la época

colonial, ha perdurado hasta la etapa poscolonial y es típica de muchos países independientes multiétnicos" (Stavenhagen et al s/f: 33).

25.- Definimos con Gómez (1992) a la frontera como un espacio social y económico donde se está produciendo un proceso de expansión de los elementos básicos del desarrollo capitalista nacional, es decir, un capitalismo dependiente, estructuralmente desigual, que vincula a su modo de producción un cierto patrón de apropiación del producto de la fuerza de trabajo y patrón de uso de recursos.

NOTAS AL CAPÍTULO IV

26.- De ninguna manera creemos que se trate de una "sociedad nacional" homogénea y con un accionar teleológico pues como explica Cueva, latinoamérica sufre "marcada autonomía de los distintos segmentos económicos, [...] se haya traducido por la poca «coherencia orgánica» sobreestructura política en particular" (Cueva 1987: 11-13). Igualmente nuestra referencia a "sociedad indígena" no implica una conceptualización homogenizadora.

27.- La Federación de Comunas Unión de Nativos de la Amazonía Ecuatoriana agrupa a 57 comunidades de las provincias de Napo y Sucumbíos.

28.- Otra muestra del impacto de la economía de mercado es la comunidad de Añangu, con aproximadamente 200 habitantes. Los primeros asentamientos se establecieron en 1968 y la organización comunitaria se inició en 1979. El uso de la tierra se relaciona con la producción de autoconsumo y no practican la ganadería. La cacería de especies silvestres es esporádica.

Como consecuencia del desarrollo del ecoturismo en la zona, la comunidad ha establecido el control del acceso a las lagunas de Añangucocha y el cobro de dinero para permitir el acceso de los turistas. (Pazmiño 1991).

29.- "...no es un tribunal que imponga una conciliación basándose en la aceptación de una razón creada en un estado deliberativo particular sino en la sociedad considerada como un todo en equilibrio frágil; de ahí que la función del tribunal quede restringido a la acción procesal. Ese rico contenido político de la propuesta aguaruna es su razón activa" (Ballón 1989: 364).

30. "... la relación de poder [...] neocolonial, condiciona la relación entre el derecho dominante y el derecho subordinado. Este último se encuentra en constante transformación, [...]. Con frecuencia la costumbre jurídica se elabora y modifica en función de su relación con el derecho dominante, y puede ser vista como un intento de las sociedades subordinadas por adaptar y reinterpretar las normas positivas estatales de acuerdo a sus propias

estructuras, valores, intereses y necesidades. Resulta, entonces, que no es posible oponer tajantemente el derecho consuetudinario al derecho positivo estatal. De lo que se trata, más bien, es de un proceso dinámico y a veces contradictorio, de cambio legal y jurídico en situación de pluralismo legal." (Starr y Collier 1987).

31.- "No obstante la ruptura del aspecto más físico de la norma de sanción tradicional, ellas perviven bajo un mecanismo similar: el de compensación" (Ballón 1989: 150).

BIBLIOGRAFÍA

ARAMBURÚ, Clemencia

1989 "Propiedad e identidad" en Amazonía Peruana. Vol. IX, número 17. p.17-32

ARVELO JIMÉNEZ, Nelly

s/f "Organización social, control social y resolución de conflictos. Bases para la formulación y codificación del derecho consuetudinario Ye'kuana" en STAVENHAGEN e ITURRALDE s/f. p. 95-115

BALLÓN AGUIRRE, Francisco

1978 "Grupos nativos y sistema legislativo" en Amazonía Peruana #2. Lima: CAAAP. p 149-154

1981 Etnia y Represión Penal. Lima: CIPA.

1989 "Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo" en Revista América Indígena. Vol XLIX, #2, abril - junio. México: Instituto Indigenista Americano. p 345-367

BENDA BECKMANN, Franz von

1984 "Law out of context: A comment on the creation of traditional law discussion" en Journal of African Law Vol 28 # 1 y 2.

1989 "Scape-Goat and Magic Charm. Law in development theory and practice" en Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, No. 20. p 129-148

BENDA-BECKMANN, Keebet von y Fons STRIJBOSCH, (Eds.)

1986 Anthropology of Law in Netherlands. Essays in Legal Pluralism. Dordrecht and Cinnaminson: Foris.

BECKER, Bertha

1992 "Gestão do território e Territorialidade na Amazônia: A CVRD e os Garimpeiros em Carajás". Fotocopia Flacso.

BERGALLI, Roberto

1992 "Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿Conviene seguir empleando la expresión «uso alternativo del derecho?»" en Revista El Otro Derecho, #10, marzo. Bogotá: ILSA. pp 5-32

BOHANNAN, Paul

1969 "Ethnography and Comparison in Legal Anthropology" en NADER 1969.

BROWN, Michael

1984 Relaciones Interétnicas y adaptación cultural. Quito: Abya Yala.

BURNS, Peter

1989 "The Myth of Adat" en Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, #28.

CEDIME

1993 Amazonía. Escenarios y conflictos, Quito: CEDIME, Abya Yala, Comisión V Centenario.

CHASE SARDI

1987 Derecho Consuetudinario Chamacoco. Asunción: R. P. Ediciones.

COLAJANNI, Antonio.

1984 "Prácticas chamánicas y cambio social. La muerte de un hechicero Achuar: hechos e interpretaciones" en BROWN 1984.

COLCHESTER, Marcus.

1986 "La Amazonía en el cinturón tropical del mundo" en Culturas Indígenas de la Amazonía. Madrid: Comisión del Quinto Centenario.

CROSBY, Alfred W.

1988 Imperialismo ecológico: La expansión biológica de Europa, 900-1900. Barcelona: Editorial Crítica.

CUEVA, Agustín

1987 El Desarrollo del Capitalismo en América Latina. México: Siglo XXI.

CUNHA, Manuela Carneiro da.

s/f "El Concepto de Derecho Consuetudinario y los derechos indígenas en la Nueva Constitución del Brasil" en STAVENHAGEN e ITURRALDE s/f.

1987 Antropologia do Brasil. Ed. Brasiliense. Sao Paulo.

**CUNHA, Manuela CARNEIRO DA
y Eduardo VIVEIROS DE CASTRO**

1990 "Venganza y Temporalidad. Los Tupinamba" en PINEDA CAMACHO y ALZATE ANGEL 1990.

DA MATTA, Roberto

1982 A divided world. Apinayé social structure. Boston: Harvard University Press.

DESCOLA, Philippe

1983 "Apropiación de la tierra entre los Achuar" en Revista América Indígena. Vol XLIII, #2, Abril - Junio.

1989 La Selva Culta. Simbolismo y praxis en la ecología de los Achuar. Quito: Abya Yala.

DIEZ PICASSO, Luis

1987 Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Barcelona: Ariel.

FERNÁNDEZ DE OVIEDO, Gonzalo.

1960 Historia General y natural de las Indias, Islas, Tierra Firme y Mar Océano. Colección Cronistas Colonistas. Quito: Biblioteca Ecuatoriana Mínima.

POWERAKER

1981 "The process and stages of occupation of land on the frontier". Cambridge: Cambridge University Press.

GÁLVEZ, Modesto

1987 "El Derecho en el Campesinado Andino del Perú" en GARCIA SAYÁN 1987.

GARCIA SAYÁN, Diego

1987 Derechos Humanos y servicios legales en el campo. Lima: CAJ-CIJ.

GEERTZ, Clifford

1983 Local Knowledge. USA: Basic Books.

GIBBS, James L. Jr.

1969 "Law and Personality: Signposts for a New Direction" en NADER, 1969.

GLUCKMAN, Max

1969 "Concepts in the Comparative Study of Tribal Law" en NADER 1969.

1978 "Política Derecho y ritual en la sociedad tribal". Madrid: Akal Ed.

GOLDMAN, Irving

1963 The Cubeo. Indians of the northwest amazon. Urbana: The University of Illinois Press.

GOMEZ, Desider

1992 Notas acerca del proceso de acumulación de capital en la Amazonía brasileña: apropiación privada de recursos, empobrecimiento campesino y semiproletarización. Manuscrito. Quito: FLACSO.

GREGOR, Thomas

1977 Mehinaku. The Drama of Daily Life in a Brazilian Indian Village. Chicago y Londres: The University of Chicago Press.

GRIFFITHS, John.

1978 "Is law important?" en New York University Law Review #54. New York.

1991 Legal Pluralism and the social working of Law. Ponencia presentada a la Third Benelux- Scandinavium Symposium on Legal Theory.

HAESAERT J.

1951 "El Derecho y la Sociedad" en Revista Mexicana de Sociología,
Año XIII, Vol XIII, Núm 2. p 179-190 .

HARNER, Michael

1978 Shuar. Pueblo de las Cascadas Sagradas. Quito: Abya Yala.

HART, H. L. A.

1977 El concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HENLEY, Paul

1982 The Panare. Tradition and change on the amazon frontier.
Londres: Yale University Press.

HERNAEZ, S.J., Francisco Javier

1879 Colección de Bulas, Breves y otros documentos relativos a la
Iglesia de América y Filipinas. Bruselas: Imprenta de Alfredo
Vromant.

HIU, Jonathan (Editor)

1988 Rethinking History and Myth. Indigenous South American
perspectives on the past. Chicago: University of Illinois
Press.

HOOKE, M. B.

1975 Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neocolonial
Laws. Oxford: Clarendon Press.

HUGH-JONES, Stephen

The Palm and the Pleiades.

ITURRALDE, Diego

s/f "Movimiento Indio, Costumbre Jurídica y Usos de la ley" en
STAVENHAGEN e ITURRALDE s/f.

1980 Guamote: Campesinos y Comunas. Otavalo: Instituto Otavaleño de
Antropología.

JACKSON, Jean

1984 The impact of the state on small scale societies.
Massachusetts Institute of Technology.

JEFATURA DE JUSTICIA NATIVA DEL ALTO MARAÑÓN

1989 Reglamento de Administración de Justicia Nativa. OCCAAM.

KELSEN, Hans

1990 "Situación actual de la Filosofía del Derecho" en Revista Ius
et Praxis, #15, junio. Lima: U de Lima.

KRACKE, Waud H.

1978 Force and Persuasion. Leadership in an Amazonian Society.
Chicago y Londres: The University of Chicago Press.

KOBLEN, André J. F.

1969 "Law at the Village Level: The Cottica Djuka of Surinam" en NADER 1969.

LAS CASAS, Bartolomé de

1975 Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión. México: FCE.

LARTIGUE, Francois

1988 "Los intermediarios culturales en la Sierra Tarahumara" en STAVENHAGEN e ITURRALDE s/f.

LESEVIC, Bruno

1984 "Dinámica demográfica y colonización en la Selva Alta peruana: 1940 -1981" en Población y Colonización en la Alta Amazonía peruana. Lima: Consejo Nacional de Población, Centro de Investigación y Promoción Amazónica.

MALINOWSKY, Bronislaw

1973 [1926] Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje. Barcelona: Ariel.

MARX, Karl

1955 Prologo a la contribución a la critica de la economía política. Obras Escogidas. Moscú: Progreso. t I.

MELOSSI, Dario

s/f "Las estrategias de control social en el capitalismo".

MERRY, Sally Engle.

1988 "Legal Pluralism" en Law and Society Review. Vol 22. Núm 5. pp 869-896

MOORE, Sally Falk

1969 a "Descent and Legal Position" en NADER 1969.

1969 b "Comparative Studies" en NADER 1969.

1973 "Law and Social Change: The semi autonomous social field as an appropriate subject of study" en Law and Society Review. Summer.

MOORE, Thomas

1985 "Informe preliminar sobre el impacto de las Economías de Mercado en las Comunidades Nativas". Informe al Centro de Investigación y Promoción Amazónica. No publicado.

NADER, Laura (Editor)

1969 Law in culture and society. Chicago: Aldine.

PAZMIÑO, Patricio

1991 Diagnóstico Jurídico Ambiental del Parque Nacional Yasuní y su

área de influencia. Manuscrito. Quito: Proyecto Subir.

PAZMIÑO, Patricio y Carlos SORIA

1993 "Apuntes para un análisis de la política forestal en la Amazonía" en CEDIME 1993.

PINEDA CAMACHO, Roberto y Beatriz

ALZATE ANGEL (Compiladores)

1990 Los Meandros de la Historia en la Amazonía. Quito: Abya Yala.

POSPISIL, Leopold

1969 "Structural and Primitive Law: Consequences of a Papuan Legal Case" en NADER 1969.

RADCLIFFE-BROWN

1974 Estructura y función en la sociedad primitiva. Barcelona Península.

RAZ, Joseph

1986 El Concepto de Sistema Jurídico. México: UNAM.

REICHEL-DOLMATOFF

1971 Amazonian Cosmos, The Sexual and religious symbolism of the Tukano indians. Chicago: The University of Chicago Press.

RIBEIRO, Darcy.

1986 Os Índios e a civilização. Petropolis: Vozes.

RIVIERE, Peter

1984 Individual and Society in Guiana. A comparative study of amerindian social organization. New York: Cambridge University Press.

ROIG, Arturo Andrés

1981 Teoría y Crítica del Pensamiento Latinoamericano. México: FCE.

ROLDÁN ORTEGA, Roque

1990 Fuero Indígena Colombiano. Bogotá: Presidencia de la República.

ROMANOFF, Steven

1977 "Informe sobre el uso de la tierra por los Matsés en la selva baja peruana" en Amazonía Peruana. Vol I, #1. Lima: CAAAP. p 97-130

ROOSEVELT, Anna Curtenius

1987 "Chiefdoms in the Amazon and Orinoco" en DRENNAN y URIBE 1987.

ROSS, Eric

1978 "Food taboos, diet, and hunting strategy: the adaptation to animals in Amazon cultural ecology" en Current Anthropology, 19, 1.

ROSS, E. B. (Editor)

1980 Beyond the Myths of Culture. Essays in cultural materialism. London-New York: Academic Press.

ROSS, J. B.

1980 "Ecology and the problem of tribe: critique of the Hobessian model of preindustrial warfare" en ROSS 1980.

RUBIO, Marcial

1984 El Sistema Jurídico. Lima: PUCP.

SALOMONE, Frank A.

1983 "The Clash between Indigenous, Islamic, Colonial and Post-colonial Law in Nigeria" en Journal of Legal Pluralism, 15.

SÁNCHEZ PARGA, José

1992 Presente y futuro de los pueblos indígenas. Quito: Abya Yala.

SANTOS, Boaventura de Sousa

s/f On modes of production of Social Power and Law. Wisconsin: Institute for Legal Studies.

1987 "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law" en Journal of Law and Society. Vol 14, #3, p. 279-302.

SANTOS Fernando y Frederica BARCLAY

1985 "Las Comunidades Nativas: Un etnocitdio ideológico" en Revista Amazonia Indígena, #9. Lima: COPAL.

SCHAPER, Isaac

1969 "Uniformity and Variation in Chief-Made Law: A Tswana Case Study" en NADER 1969.

SCHWARTZ, Richard y James MILLER

1964 "Legal Evolution and Social Complexity" en American Journal of Sociology. Vol #20, p. 159-169

SEPULVEDA, Gines de.

1941 Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios. México: FCE.

SIERRA

1988 "Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena" en STAVENHAGEN e ITURRALDE s/f.

SIMPSON, Lesley Byrd

1970 Los Conquistadores y el Indio Americano. Barcelona: Ediciones Península.

SORIA, Carlos

1992 "El Impacto de la Sociedad Nacional en el Derecho de las Sociedades Indígenas Amazónicas". Monografía. Quito: FLACSO.

STARR, June y Jane F. COLLIER

1987 "Historical studies of legal change" en Current Anthropology.
Vol 28, #3 pp 367-372

STAVENHAGEN, Rodolfo.

1988 "Los Derechos Indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional" en Revista IIDH. Vol 10. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. p. 39-64

1988 Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. México: El Colegio de México - Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

STAVENHAGEN, Rodolfo y Diego ITURRALDE, (Compiladores).

s/f Entre la Ley y la Costumbre. México: Instituto Indigenista Americano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

STOYANOVITCH, Konstantin

1981 El Pensamiento Marxista y el Derecho. Madrid: Siglo XXI.

TODOROV, Tzvetan.

1987 La Conquista de América. La Cuestión del Otro. México: Siglo XXI.

TRAZEGNIES, Fernando de

1979 La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX. Lima: PUCP.

1981 Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor. Lima: PUCP.

VALLÉE, Lionel y Robert CRÉPEAU

1984 "La Guerra entre los Shuar (Jíbaro): La Búsqueda del Poder" en BROWN 1984.

VARESE, Stefano

1973 La Sal de los Cerros. Lima: Retablo de Papel.

VICKERS, William

1989 Los Siona Secoya. Su adaptación al ambiente amazónico. Quito: Abya Yala.

WHITEHEAD, Neil

1989 "Tribes make states and states make tribes. Warfare and the creation of colonial tribe and state in north-eastern south america: 1492 -1820". New Mexico.

WHITTEN, Norman E., Jr.

1984 "Hacia la Conceptualización del Poder en la Amazonía Ecuatoriana" en BROWN 1984.

1988 "Historical and Mythical Evocations of Chthonic power in South

America" en HIU 1988.

WHITTEN, Norman E, Jr. et al.

1989 Amazonía Ecuatoriana. La Otra Cara del Progreso. Quito: Abya Yala.

YOST, James

1989 "Veinte años de contacto: los mecanismos de cambio en la cultura Huao" en WHITTEN 1989. pp 261-289

ZARZAR, Alonso

1990 "Radiografía de un contacto. Los Nahuatl y la Sociedad Nacional" en PINEDA CAMACHO y ALZATE ANGEL 1990.