

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

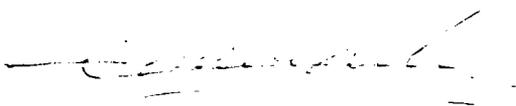
Como uno de los requisitos para la obtención del grado de
Maestro en Ciencias Sociales con Mención en Estudios Amazónicos

PROFESOR ASESOR: ALONSO ZARZAR

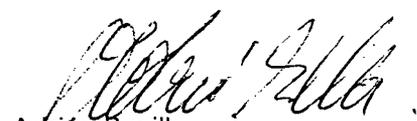
Julio, 1993

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

Introducción

"Y admitir que no hay una identidad más auténtica que la del Otro, siempre recomenzado".

Jacques Attali, *"Historia de la Propiedad"*.

Muchas veces nos preguntamos por cómo abrir el camino hacia una sociedad más democrática. En algunas oportunidades, proponemos y diseñamos alternativas al funcionamiento del sistema político, social y económico, en otras, recurrimos al planteamiento de patrones de acción universales. En tal sentido, democracia, derechos humanos, género, propiedad privada, se convierten en principios inmutables de aplicación universal y hasta se convierten en sinónimos de desarrollo.

Sin embargo, debemos tener presente varias cosas. En primer lugar, el término nosotros solo abarca un reducido ámbito del conjunto social. Más aún es un término que se explica de distinta manera en relación a distintas variables. Por otro lado, la connotación de los términos no es universal y varía según la sociedad de que se trate, más aún al interior de cada una de estas.

De manera similar, la comprensión del derecho varía según los distintos grupos sociales de que se trate, más aún en el caso de sociedades distintas. Su funcionamiento, sus consecuencias, su simbolismo, y otros fenómenos derivados de ellos preocuparon a Maine, Morgan, Steinmetz,

Durkheim, Hartland, Lowie, Malinowsky y muchos más, unas veces en el campo de la sociología jurídica, otras en el de la antropología jurídica.

Lamentablemente, muchos de estos trabajos sirvieron para una mejor comprensión por parte de los sectores dominantes de las particularidades sobre las que convenía incidir. Y es que el derecho en las sociedades complejas es básicamente un instrumento de sojuzgación.

Afortunadamente, la consolidación de los sectores sociales y el desarrollo lento pero creciente de la sociedad civil han confirmado las posibilidades de reestructuración de la dominación o incluso de su superación. En tal sentido, creo que la tarea de quienes desarrollemos a futuro la antropología y la sociología jurídica debe tener presente no sólo una mejor comprensión del otro sino condiciones más igualitarias en la relación.

Por ejemplo, la concepción positivista del derecho es la de un sistema regulador del comportamiento social basado en el principio de la seguridad jurídica positiva. Creo que este derecho positivo estatal es un producto histórico, donde, por ejemplo, se requiere de normas de reconocimiento, cambio y adjudicación para reconocer el derecho. Ello puede ser válido en sociedades con escritura, alta densidad poblacional y tendencia al urbanismo, pero de ninguna manera podemos generalizar estas condiciones propias a tal sociedad como universales. Sin embargo, el derecho positivo no sólo que afirma tales requisitos sino que desarrolla una teoría de las fuentes formales para poder definir que es y que no es derecho. Este formalismo, como postulado cerrado y absoluto, no tiene asidero en la realidad, pues las

normas de aplicación real implican ante todo valores y estos valores no necesariamente son comunes a todas las sociedades.

Este conjunto de reflexiones me llevó a indagar por el fenómeno del derecho en las sociedades indígenas, lamentablemente, la poca información sobre el tema no es de fácil acceso, lo cual afianzó mi interés en aportar a esta corriente de investigación jurídica.

Esta tesis busca desarrollar una aproximación teórica al estudio del derecho consuetudinario en los pueblos indígenas amazónicos. Aún cuando la naturaleza profundamente heterogénea de los distintos pueblos amazónicos, es una dificultad, creo posible esbozar algunos elementos teóricos que, incorporando las diferencias entre las distintas etnias, nos sirvan como instrumento de análisis de la realidad del derecho indígena amazónico.

Este estudio se apoya en la hipótesis de que toda sociedad tiene una organización social propia y que dicha organización social requiere de un mecanismo adecuado de resolución de conflictos, por tanto, es posible afirmar la existencia del derecho en ellas.

Los objetivos específicos de este trabajo son:

- identificar la existencia de derecho en los pueblos indígenas amazónicos,
- considerar la existencia de un pensamiento jurídico en los pueblos indígenas amazónicos, y
- contrastar el marco teórico del pluralismo legal con la realidad del derecho indígena amazónico.

El primer capítulo está dedicado al análisis del estado del arte de la investigación en antropología jurídica amazónica, haciendo énfasis en el desarrollo general de la corriente del pluralismo legal. Adicionalmente se presenta una revisión del concepto de derecho consuetudinario desde algunos estudios clásicos para luego pasar a autores más cercanos a la problemática amazónica.

Este trabajo asume que la manera de comprender el derecho y su funcionamiento en una sociedad pasa por comprender cómo funcionan las estructuras elementales de esta. Así, el segundo capítulo presenta algunos elementos que nos ayudarán a conceptualizar el Derecho en una sociedad indígena amazónica. El análisis se enriquece con la presentación de evidencia etnográfica en relación a las estructuras sociales y las cosmovisiones indígenas.

En el tercer capítulo se busca comprender la realidad política del derecho indígena en relación a la sociedad nacional. Así, revisamos el contacto colonial y los efectos socio-económicos de la expansión de la sociedad nacional. Elementos de suma importancia para la conceptualización que desde Occidente y su derecho se lleva a cabo para entender lo que es el derecho en otras sociedades.

Finalmente, se conjugan los distintos elementos revisados y analizados en una reflexión que apunta no sólo a declarar los derechos de las sociedades indígenas respecto de su propio ordenamiento social sino, sobre todo, sobre sus posibilidades de implementación y desarrollo en el contexto de los países amazónicos.

Si en algo aporta este trabajo, probablemente sea en su perspectiva de lo que debe ser la tarea del jurista. Los abogados recibimos una formación escolástica basada en el estudio de la legislación y algunos elementos teórico-ideológicos que, aún cuando abarcan desde la teología hasta el marxismo no resuelven el problema de la falta de perspectiva social del abogado. Esta situación no es gratuita sino que, cómo se aprecia a lo largo de este trabajo, es más bien parte del conjunto de condiciones propicias para perpetuar la dominación de las mayorías.

CAPITULO I Estado de la cuestión

El estudio del derecho en sociedades no occidentales se inicia durante el último tercio del siglo XIX. Malinowsky (1973: 15) anota la emergencia de una preocupación por el derecho en sociedades, entonces llamadas, «primitivas», así destaca el trabajo de los miembros del «Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft» (Bachofen, Bernhöft, Köhler, Post y otros) y de los ingleses Morgan y Maine. Esta primera escuela de la antropología jurídica se encontró con una ausencia de material etnográfico serio, y con la presencia de un conjunto de supuestos infundados. Ambos factores condujeron a un eclipsamiento de esta corriente de investigación. Salvo los trabajos posteriores de Steinmetz y Durkheim, esta rama prácticamente desapareció. El renacer de esta inquietud no se daría sino hasta después de la década de 1920. Para cuando Malinowsky publica su "Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje" (1926), ya se habían publicado "Primitive Law" de Sidney Hartland, "Morals in Evolution" de Hobhouse y "Primitive Society" de Lowie. (Malinowsky 1973: 14-19).

El avance de la interrogante por el derecho en sociedades no occidentales ha logrado consolidar a lo largo de este siglo, gracias, fundamentalmente, al trabajo efectuado entre sociedades indígenas de África, Asia y Oceanía. Ello ha permitido consolidar un cuerpo teórico variado y rico en propuestas y perspectivas, entre estos autores recogemos los aportes de Benda-Beckmann (1984; 1989), Benda-Beckmann y Strijbosch (1986), Bohannan (1969), Burns (1989), Geertz (1983), Gibbs (1969), Gluckman (1969; 1978), Kobben (1969), Malinowsky ([1926] 1973), Moore (1969a), Nader (1969), Pospisil (1969), Radcliffe-Brown ([1933] 1974), Riviere (1984), Salomone (1983), Schapera (1969), y Starr y Collier (1987).

En América Latina, el desarrollo de la antropología jurídica y de la sociología jurídica es bastante limitado. En el área particular de las sociedades amazónicas, el problema se agrava debido al poco

interés que se ha tenido por la región. La misma orientación de la enseñanza del derecho favorece que ello sea así. Sin embargo, podemos referirnos a algunos autores como Aramburú (1989), Arvelo (s/f), Ballón (1977; 1981; 1989) y Cunha (s/f; 1987) quienes centran su estudio en sociedades amazónicas, además de Chase Sardi (1987), Gálvez (1987), García Sayán (1987), Iturralde (s/f; 1980), Lartigue (1988), Sierra (1988) y Stavenhagen (s/f; 1988), quienes abordan el tema del derecho consuetudinario en sociedades americanas en general. Paralelamente existe un conjunto de estudios de carácter antropológico que abordan el tratamiento de aspectos jurídicos, tales como Brown (1984), Colajanni (1984), Cunha y Castro (1990), Descola (1983; 1989), Goldman (1963), Gregor (1977), Harner (1978), Riviere (1984), Romanoff (1977), Roosevelt (1987), Sánchez (1992), Vallée y Crépeau (1984), Vickers (1989), Whitten (1984) y Yost (1989) de quienes tomaremos gran parte de nuestra evidencia etnográfica.

Para el estudio del derecho en sociedades indígenas amazónicas cabe destacar algunos trabajos como el de Aramburú (1989) quien se concentra en el estudio del impacto del derecho positivo sobre la sociedad Asháninka. Concretamente analiza el papel del concepto de propiedad privada y la aplicación del concepto de comunidad nativa, así como su funcionamiento social al interior del pueblo Asháninka. Muestra como estos conceptos, que supuestamente consolidarían los derechos de este pueblo indio, más bien tienen por objeto favorecer la expansión de la sociedad nacional y el sometimiento de los grupos indígenas al sistema económico y político que ésta impone. Pues la propiedad privada favorece el intercambio mercantil a la vez que el concepto de comunidad nativa estimula la sedentarización y nucleación territorial, así como la elección de dirigentes políticos dotados de deberes y obligaciones que responden a un patrón político occidental. Esta percepción del papel de la propiedad privada es de suma utilidad para entender la realidad de los pueblos indios como resultado de un proceso de cambios a nivel social y político. El aporte de Aramburú consiste en evidenciar

teóricamente esta función y sus consecuencias, tema que había sido tangencialmente discutido por otros autores (Yost 1989).

Por su parte Arvelo-Jiménez (s/f) realiza una descripción antropológica que enfatiza el entorno social Ye'kuana antes que el análisis del derecho en dicha sociedad. Si bien debemos coincidir en que el derecho indígena está íntimamente vinculado al conjunto social, la presentación de Arvelo sobre los elementos que constituyen el derecho indígena Ye'kuana nos parece insuficiente en la medida en que se limita a describir hechos y sanciones jurídicas sin desentrañar los elementos o factores subyacentes que hacen operativo tal derecho. La mera descripción de la norma y su aplicación a un caso concreto nos dan una visión limitada por cuanto el derecho es mucho más que la norma. Como veremos más adelante lo importante del derecho es como este mecanismo aporta a la cohesión social y a la reproducción cultural antes que al mero control social.

Los trabajos de Ballón (1978; 1981; 1989) están referidos al caso de la sociedad Aguaruna o jíbaros del Perú, la misma que se halla en una zona de antiguo y permanente contacto con la sociedad nacional. En un primer trabajo Ballón (1978) reflexiona sobre las relaciones entre sociedad nacional y sociedad indígena en el campo del derecho. Explica cómo la conceptualización de lo que es derecho y su ámbito de funcionamiento es distinto en razón de un sustento cosmogónico y social diferente en cada caso. Finalmente revisa las consecuencias de este enfrentamiento de sistemas en el caso específico de los procesos penales. Sin embargo, para nuestro estudio, la perspectiva de este trabajo se dirige más a la relación entre la sociedad nacional y la sociedad indígena a través del derecho que a un estudio centrado en el derecho consuetudinario indígena.

La temática antes referida da lugar a un segundo trabajo (1981) donde Ballón estudia la relación de poder implícita en la

concepción del sistema jurídico nacional respecto de las sociedades indígenas, tanto a nivel de sistemas valorativos como en su expresión concreta a través del derecho positivo penal. Finalmente sugiere la necesidad de ampliar el sistema valorativo de la sociedad de manera que ésta reconozca la pluralidad étnica de la sociedad peruana, de modo que tanto el conjunto de valores así como el propio derecho indígena constituyan parte de la «realidad».

En un tercer trabajo Ballón (1989) retoma su preocupación inicial, precisa el objeto de su trabajo en contrastar la teoría jurídica occidental y la de la justicia Aguaruna, es decir, mostrar las diferencias o condiciones opuestas entre estos dos fenómenos. El autor señala en un segundo punto que su interés es mostrar también "las condiciones abstractas para que se considere a una sociedad como poseedora de derecho" (1989: 346), esto es necesario como punto de apoyo para mostrar la unilinealidad de la propuesta positivista y su posición epistemológica que afirma la primacía de una forma de pensamiento. Los trabajos de Ballón, particularmente el último, además de contener una propuesta metodológica presentan un análisis del derecho indígena tanto en su contexto histórico como ante la situación de contacto. Su estudio del derecho Aguaruna nos permite rescatar los siguientes elementos como piezas claves para nuestra investigación:

- 1.- La relatividad ideológica del concepto de derecho.
- 2.- El carácter histórico del derecho.
- 3.- El carácter dinámico del derecho.
- 4.- El papel político del derecho expresado en la resistencia y adaptación a la sociedad nacional.
- 5.- El papel cultural del derecho expresado en su aporte a la reproducción cultural.

Por su parte Cunha (s/f) se concentra en la reflexión alrededor de los problemas de la antropología y el derecho consuetudinario como antecedente para una descripción de los derechos consagrados en

favor de los pueblos indios en la Constitución de Brasil. Critica el uso del concepto de derecho consuetudinario como reificación por parte de algunos juristas. Señala que tal uso asume la existencia de un "conjunto reconocible de categorías y normas legales" (Cunha s/f: 300) que se caracterizan por:

- 1.- Constituir un cuerpo delimitado, finito y tradicional;
- 2.- Ser anterior al Estado y, por tanto, autónomo; y
- 3.- Tener una naturaleza similar a la del derecho positivo, lo que permitiría su fácil incorporación al mismo.

Elementos que no resisten el análisis que Cunha efectúa, desmoronándose así una visión que pretende unidades perfectas de correspondencia inmediata con la sociedad nacional. Se refiere al impacto de la escritura en sociedades orales señalando que "derecho escrito y derecho oral se prestan a operaciones lógicas y a usos sociales diferentes" (Cunha s/f: 303). En consecuencia sugiere la convivencia pacífica de ambos sistemas advirtiéndole que ello no significa la reducción a un sistema único pues "... es absurdo tratar de reproducir en la ley, de forma explícita y substantiva, un sistema de derecho consuetudinario, y a fortiori fragmentos de éste que solo tienen sentido dentro del sistema en que se insertan....". (Ibíd).

Hasta aquí hemos revisado los estudios centrados en sociedades indígenas amazónicas, entre los que destacan los trabajos de Aramburú y Ballón. En cuanto a los estudios que abordan de manera general el tema del derecho consuetudinario en sociedades americanas, tenemos a Cunha (1987) Iturralde (s/f) y Stavenhagen (s/f).

Cunha (1987) aborda el estudio histórico del derecho consuetudinario y muestra el desarrollo de una norma consuetudinario, referida a la población negra, en la sociedad brasileña de los siglos XVII y XVIII. Este artículo es importante

porque evidencia el surgimiento y uso de una norma consuetudinaria en el sistema positivo, a la par que el silencio del mismo a fin de perpetuar los "beneficios" de la esclavitud.

Stavenhagen (s/f) nos presenta un enfoque teórico de lo que constituye el derecho indígena en América Latina. Busca caracterizarlo en base a la relación entre la sociedad indígena y el Estado. Para este autor la relación entre derecho consuetudinario y derecho occidental es una relación dominador-dominado, que se explica como resultado de un proceso histórico en el cual el positivismo trata de justificar la dominación, en ello coincide Ballón (1989). Este movimiento de consolidación de la dominación a través del derecho ya había sido denunciado por Marx (1955) y Roig (1982). Esta concepción de la relación es clave para entender el espacio que otorga el derecho positivo al derecho consuetudinario indígena, relación que no es sino reflejo de la relación sociedad indígena sociedad nacional.

Entrando al estudio de lo jurídico en las sociedades indígenas, Stavenhagen (s/f:31) nos dice que ello está constituido por:

- 1.- Normas generales de comportamiento público.
- 2.- Mantenimiento del orden interno.
- 3.- Definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- 4.- Reglamentación del acceso y distribución de los recursos.
- 5.- Reglamentación sobre la transmisión e intercambio de bienes y servicios.
- 6.- Definición, tipificación y sanción de delitos.
- 7.- Manejo, control y solución de conflictos.
- 8.- Definición de cargos y funciones de la autoridad pública.

En nuestra opinión estos son rubros en los que el aspecto normativo del derecho se evidenciará pero lo normativo no agota el contenido del derecho, ello se reafirma cuando el mismo autor incide sobre la importancia de éste para la reproducción cultural así como para el mantenimiento de un espacio alternativo frente a la sociedad

nacional. Sucede que se tiende a identificar lo jurídico con lo normativo, siendo que lo último no es sino un aspecto del primero. Anotaremos aquí la certeza de la caracterización hecha por Cunha (s/f: 300) respecto de los supuestos del concepto de derecho consuetudinario implícitos en muchos autores.

Otro autor ubicado en esta misma línea y que nos parece importante, aún cuando no se refiere exclusivamente a los pueblos indígenas amazónicos sino Latino Americanos en general, es Iturralde (s/f), quien a partir de un análisis de la literatura sobre el tema presenta "algunas comprensiones alternativas" del derecho en sociedades indígenas, planteando por lo menos seis enfoques distintos:

- 1.- El Sistema Jurídico Autóctono.- Esta corriente sugiere que el sistema jurídico está contenido en las "reglas de juego de la estructura social y de su funcionamiento" (Iturralde s/f: 53) y se expresa a manera de costumbre, las mismas que son recogidas como un cuerpo de normas al cual se llama derecho consuetudinario. Los autores de esta corriente recurren al uso de instituciones jurídicas, sean del derecho estatal o no estatal, como método clasificador a fin de poder codificar, preservar y favorecer su aplicación. Cita como ejemplo de esta corriente a los estudios de Chase Sardi (1987), a lo que cabría añadir a Stavenhagen (s/f).
- 2.- El Sistema Jurídico Comunitario.- Centrado en el "aislamiento y codificación de las normas que organizan las relaciones [...] y ejercicio de la autoridad" (Iturralde s/f: 53). Buscan los fundamentos axiológicos de la organización social prestando especial atención a si están dotados de cierta "formalización jurídica" en su expresión. Como ejemplo de estos principios se señalan los casos de la reciprocidad, gerontocracia y sistemas de cargos. En esta corriente se hallarían los trabajos de la Comisión Andina de Juristas sobre

las Rondas Campesinas, así como el propio Iturralde (1980).

- 3.- Los Estudios sobre Conflicto y Consenso.- Estos autores centran el análisis en la situación de conflicto, la construcción de consenso para acceder al conocimiento y la delimitación del sistema normativo, lo que a su vez permite comprender el derecho indígena. Iturralde critica el hecho de que el énfasis en la "norma en acción lleva a priorizar las normas procesales antes que las sustantivas conformando un derecho jurisprudencial codificado en muchos casos" (Iturralde s/f: 54). Este sería el caso de Sierra (1988), Lartigue (1988) y García (1987).

Iturralde señala que en los tres casos se pasa por alto tanto la situación específica del contacto colonial como la relación de dominación en la cual se hayan sometidas las sociedades indígenas y donde muchas veces el derecho es resultado de esta situación. Este tema es de amplia discusión en la antropología jurídica pues incluso las primeras investigaciones sobre el tema sirvieron como pauta para el comportamiento de los gobiernos coloniales. En tal sentido muchas veces se ha tendido a ocultar la situación de dominación implícita en el debate entre derecho positivo y derecho consuetudinario o desde el otro extremo se ha concebido al derecho consuetudinario como una pura construcción colonial al servicio de la dominación. En nuestra opinión el derecho es parte de la cultura y por tanto sufre los embates de la dominación pero igualmente se beneficia de los mecanismos de resistencia que ésta brinda.

- 4.- El Sistema Jurídico Mixto.- En este enfoque el derecho es resultado de una fusión entre el derecho positivo impuesto a las sociedades indígenas y la preservación de prácticas y valores anteriores que dan paso a una costumbre jurídica indígena (Iturralde s/f: 55). En este caso el derecho positivo es recibido y asimilado a través del contexto social particular de cada etnia de modo que se produce una adaptación

del derecho a la estructura social, tal como lo muestra Ballón (1989).

- 5.- El Estatuto Indígena.- Ligada a la corriente anterior tenemos una quinta opción basada en la recopilación y análisis de las diferentes normas del derecho positivo que afectan a los pueblos indios. El motivo central de esta corriente es lograr la dación de una legislación especial que constituya una protección eficiente en todos los campos de interés tanto de la sociedad indígena como de la sociedad nacional. En esta corriente tenemos el caso del Fuero Indígena Colombiano (Roldán 1990) y la propuesta de Sánchez Parga (1992) para una legislación indígena.

- 6.- La Nueva Teoría Jurídica.- Este enfoque propone "la creación de una teoría jurídica alternativa basada en la crítica de las concepciones formales que soportan el derecho burgués, y que pretendería formular una comprensión congruente con el conjunto de los sistemas de representación de las culturas indígenas" (Iturralde s/f: 55) La base para esta propuesta la haya en tres fenómenos: la afectación de los intereses indígenas a través del desarrollo; la racionalidad jurídica y cultural efectivamente distinta y la constitución de los indígenas en actores sociales (Iturralde s/f: 56).

En nuestra opinión si bien la categorización efectuada por Iturralde es útil para clasificar y entender los intereses presentes en cada una de las propuestas, creemos que su propuesta de una "Nueva Teoría Jurídica", tal como está planteada es una propuesta política antes que una apreciación objetiva de la realidad y de las posibilidades de concreción de mejores condiciones para los pueblos indígenas. En todo caso, requiere de una profundización en las características de la heterogeneidad cultural americana y las particularidades de los procesos de inserción de las sociedades indígenas en la sociedad "nacional". No

podemos caer en la ilusión de pretender formular una teoría general del derecho indígena, pues, siguiendo a Geertz (1983:4) tal actitud es más una pretensión de grandeza que una afirmación con contenido. La realidad latinoamericana es una prueba latente de que las generalizaciones y la extrapolación de categorías jurídicas, desde propiedad privada hasta comunidad indígena, más que contribuir al desenvolvimiento favorable de los pueblos indígenas ha contribuido a su sojuzgación (Aramburú 1989).

Por otro lado, creemos que la calificación del Estatuto Indígena como corriente de pensamiento es errada, por cuanto, antes que una percepción particular es una intrumentalización de la misma, y esta puede estar constituida por cualquier trabajo ubicado dentro de las corrientes del sistema jurídico autóctono, comunitario, mixto o de los estudios del conflicto y consenso. Es decir, la propuesta del Estatuto indígena es la plasmación de una asimilación del sistema jurídico consuetudinario en el positivo, partiendo del supuesto de que tienen una naturaleza similar y donde el problema se reduce a la escritura del derecho consuetudinario.

1.1.- Pluralismo legal

Creemos con Geertz (1983) que la búsqueda de una teoría general que explique determinados fenómenos sociales carece de sentido. No es posible pretender explicarlo todo, resulta mucho más adecuado intentar comprender como actúa una determinada parte del todo social, agotando sus límites y posibilidades. En tal sentido, no buscaremos desarrollar una teoría del derecho consuetudinario sino más bien fijar ciertas pautas que nos permitan comprender qué es y cómo opera.

El estudio de la temática de grupos diferenciados del "estándar" que impone la sociedad dominante nos lleva a expresarnos en términos de oposición y negación; en tal sentido, hablamos de <pe.

sociedad, derecho> nacional e indígena, estatal y no estatal, compleja y simple, etc. Ello no implica que aquello que llamamos sociedad nacional sea una unidad homogénea, integrada y definida, se trata de un término que nos permite más bien entrar al deslindamiento de todo aquello que no entra en nuestro término sociedad indígena. Pero aún nuestro término sociedad indígena no significa una unidad homogénea y absoluta. En conclusión recurrimos al uso de estos términos porque creemos que tienen utilidad práctica para el desarrollo de nuestro análisis, pero en lo posible nos expresaremos con más precisión.

A comienzos de este siglo algunos antropólogos se interesaron por estudiar de qué manera las sociedades de pequeña escala podían mantener el orden social sin recurrir al derecho europeo. A lo largo de las investigaciones se evidenció una mixtura del derecho aborígen y el europeo, de modo que sobre el derecho nativo desarrollado a lo largo de centurias, Europa imponía su derecho forjado bajo el capitalismo mercantil con principios y procedimientos basados en una racionalidad y estructura social distintas. (Merry 1988: 869-870).

De este modo, se utilizaron múltiples conceptos para reconstruir la realidad del derecho en sociedades no occidentales, se habló de derecho consuetudinario, de derecho folclórico, de derecho indígena, etc. Merry (1988), recogiendo los aportes de este desarrollo histórico nos propone replantear el concepto de un modo suficientemente comprensivo para resolver las múltiples interacciones entre espacios sociales diferenciables. Así recoge de Pospisil (1969), Griffiths (1986) y Moore (1973) la idea de que el pluralismo legal es "una situación en la cual dos o más sistemas legales coexisten en el mismo espacio social" (1988: 870).

Esta propuesta contradice directamente al monismo jurídico, él que afirma la existencia de un solo derecho como resultado de una única

sociedad en el espacio social. Mientras que el pluralismo legal afirma la existencia de uno o más derechos en un único espacio social, como expresión más cabal, en este caso, de la existencia de sociedades pluriétnicas. Inclusive, en una sociedad occidental, las diferentes formas de inserción en un modo de producción determinado pueden favorecer el surgimiento de ordenes jurídicos alternativos o confluyentes. Otro autor 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 el caso de las sociedades asiáticas y africanas el derecho colonial favoreció la coexistencia de distintos ordenes legales destinados a sujetos sociales diferentes. En tal caso la situación de dominación tuvo una presencia tan fuerte que hizo de estos distintos ordenes instrumentos a su servicio.

Hoy el pluralismo legal busca superar la relación de dominación implícita en la coexistencia de ordenes jurídicos distintos en un mismo espacio social. Sin embargo, el pluralismo legal es un hecho, una constatación antes que una propuesta, es decir, los distintos ordenes jurídicos existen en la realidad y lo que se hace es evidenciarlos a través del análisis; en todo caso, ésta contrastación servirá para resolver el inevitable problema de su relación con el derecho estatal.

El pluralismo legal ha sido particularmente útil en el estudio de sociedades que han pasado por experiencias coloniales pues permite plantear el análisis de la interacción entre ordenes normativos fundamentalmente distintos; reconocer el carácter histórico del derecho consuetudinario y delinear la relación dialéctica¹ entre estos ordenes normativos (Merry 1988: 873). Sin embargo, el concepto de pluralismo legal ha pasado de estar referido a la relación conquistador - conquistado por una visión más amplia de la relación dominador - dominado.

Revisando a Merry (1969; 1973; 1988), Moore (1969;1973), Griffiths (1986; 1991) y Benda Beckman (1984, 1986; 1989) podemos decir con Merry que el pluralismo legal aporta a la investigación socio-jurídica en la medida que: 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; y apreciar la dinámica de la imposición del derecho y la resistencia a este proceso, pero sobre todo: "... viewing situations as legally plural leads to an examination of the cultural or ideological nature of law and systems of normative ordering. [...] Law is not simply a set of rules exercising coercive power, but a system of thought by which certain forms of relations come to seem natural and taken for granted, modes of thought that are inscribed in institutions that exercise some coercion in support of their categories and theories of explanation. (Merry 1988: 889-890).

En tal sentido creemos que estos aportes del pluralismo legal nos permiten reivindicar, para el caso particular de los pueblos indígenas amazónicos, por lo menos:

- 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

a.- El derecho indígena como producto particular e histórico

Las sociedades son resultado de las condiciones que les ha tocado enfrentar a lo largo de la historia y de la propia percepción que tienen de su papel en esta. Las instituciones sociales se orientan a proveer los elementos necesarios para la consecución de tales fines. Así el derecho es resultado de la vida en sociedad, y por tanto la conformación de dicha sociedad determinará tanto los

contenidos como el sentido del derecho. Para Marx las "instituciones jurídicas y las diferentes formas de Estado" no se explican por si mismas sino que son expresión del conjunto de condiciones de vida material, independientemente de la voluntad del hombre (Marx 1955). Mientras que para Haesaert (1951), quien ha dicho que el derecho es una "manera de realizar valores" de modo que son estos valores los que van a moldear el derecho, si existiría una posibilidad de intervención de la voluntad humana. A modo de ejemplo, tenemos que en el caso de las sociedades capitalistas se ha demostrado la existencia de una relación causal entre el modo de producción y el mercado de trabajo y las penas privativas de la libertad (Melossi s/f: 167-196).

La heterogeneidad del universo social amazónico impide realizar generalizaciones que expliquen de manera acabada el gran conjunto de las sociedades amazónicas, sin embargo, revisaremos dos perspectivas de análisis que pueden permitirnos echar algunas luces sobre la particularidad de la conformación social en la Amazonía.

Para Clastres (1981) la existencia del Estado, en tanto fenómeno representativo del poder político de un conglomerado social, es característica que diferencia a las sociedades simples respecto de aquellas que en su proceso histórico han desarrollado un sistema más o menos complejo y articulado de instituciones y formas organizativas, sociales y políticas. Para él las sociedades amazónicas son sociedades maduras, no primitivas, que rechazan la aparición de un órgano de poder separado, señala que ello se debe al deseo de "conjurar la aparición en su seno de la desigualdad entre señores y sujetos, entre el jefe y la tribu" (1981: 115), pues ejercer el poder es dominar y, en consecuencia, se produce la separación entre quien domina y quien obedece.

Clastres insiste en que las sociedades indígenas amazónicas tienen una concepción de lo político distinta del modelo forjado y desarrollado por occidente (1981: 112). Poder, el de occidente, que

va ineludiblemente ligado al concepto de Estado, el mismo que no puede actuar sin un sistema jurídico que lo legitime (Marx 1955; Roig 1982: 211; Stoyanovitch 1981: 47). Estado y derecho son los dos elementos claves de la constitución de la sociedad occidental (Rubio 1984), y el positivismo es la expresión más acabada de ello. Desde el inicio de la cultura occidental se ha concebido al poder político en términos de una relación jerarquizada y autoritaria de orden-obediencia, en consecuencia cualquier forma posible de poder es reducida a la comparación con el modelo que a priori expresa la esencia del poder. Esto es lo que les pasó a los cronistas cuando al confrontarse con los indios en el siglo XVI, y "al comprobar que los jefes no poseían ningún poder sobre las tribus, que nadie mandaba y nadie obedecía, declararon que esas gentes no eran civilizadas, que no se trataba de verdaderas sociedades: Salvajes sin fe, sin ley, sin rey". (Clastres 1981: 112).

Esto mismo sucede con el derecho consuetudinario, no por una relación analógica sino porque la negación del derecho del dominado legitima el accionar del dominador.

Kracke (1978), por su parte, estudiando el ejercicio del poder, señala que las normas que regulan el papel del headman son ambiguas y están sujetas a una amplia gama de interpretaciones, lo que puede dar lugar a ejercicios laxos o autoritarios del poder. Kracke estudia esta afirmación en el caso concreto de dos poblados Kagwahiv, del noroeste amazónico, donde existen dos ejercicios diferentes de la autoridad, recurriendo al mismo conjunto normativo como base para la acción. En la sociedad Kagwahiv, como en la mayoría de sociedades amazónicas, el paradigma de la autoridad es la relación suegro - yerno, o hermano de la esposa - yerno, es decir, un comportamiento de mutuo compromiso donde hay un período de deuda del yerno para con el suegro o hermano de la esposa.

En un caso, uno de los líderes se comporta de manera autoritaria e inclusive considera que tiene derecho a exigir una contribución

anual en trabajo (Ibíd: 73). Esta visión se apoya en una concepción histórica centrada en la tradición de algunos poderosos líderes. Paralelamente, presenta el caso de otro líder que desarrolla un comportamiento consensual y ejemplar, donde su acción sirve como motivación para los miembros del asentamiento.

En ambos casos la concepción ideológica del papel del headman es similar, ambos actúan como suegros o cuñados, lo único que difiere es la forma de aplicar la norma, lo que puede determinar ciertas ventajas personales (Ibíd: 80-81). Sin embargo, sugiere que el estilo consensual de liderazgo tiene mayor aceptación en la sociedad Kagwahiv, mientras que el estilo autoritario, si bien tiene sus ventajas no aporta a la armonía y eficiencia del grupo (Ibíd: 132). Para Kracke el liderazgo no es un elemento de la estructura que opera por si solo sino que es operado por sujetos, los mismos que impregnan las normas sociales con sus propias emociones personales (Ibíd: 236). Ello expresa en cierta medida la diversidad de personalidades al interior de una cultura.

Mientras que en el caso del desarrollo de la llamada sociedad nacional, se trata de una sociedad estatal en cuyo proceso de constitución las formas de vida y relación intergrupales alcanzan niveles claramente diferenciados entre sus miembros. Hay en su interior una estratificación en favor de grupos que hacen uso directo de la representación y el poder político encarnado en el Estado, los mismos que desarrollan prácticas sociales por las cuales, en tanto sector dominante, establecen su supremacía ideológica, ejerciendo su capacidad de decisión respecto de los segmentos sociales convocados a cumplir y ejecutar las disposiciones emanadas del poder. De manera que las formas comunitarias de coerción y manejo social, de corporeidad unitaria, de consenso grupal, son reemplazadas a nivel formal y asumidas por una instancia superior e impersonal que, debido a su naturaleza, se ubica sobre y separada del cuerpo social, que traza una línea al interior del grupo; antes homogéneo ahora claramente estratificado,

entre quienes se encuentran en ejercicio del poder y aquellos que son objetos del control.

En consecuencia, al hablar de pluralismo legal es necesario rechazar de plano la tendencia a pensar a todo derecho como basado en el Estado (Merry 1988; Moore 1973; Santos s/f; Griffiths 1986).

b.- El desarrollo dialéctico del derecho indígena y la sociedad nacional

La interpretación de Clastres (1981) tiene sentido solo desde el desarrollo histórico de las sociedades amazónicas, sin embargo, hoy en día la relación entre sociedad indígena y sociedad nacional o economía capitalista da lugar a variaciones en el comportamiento social y en el derecho mismo, como veremos más adelante. Ello nos lleva a revisar el tema del carácter dinámico del derecho indígena, él que ha sido reiteradamente negado (Hart 1977: 116) pues hay una tendencia generalizada a entenderlo como "... un conjunto de normas «ancestrales», que se han mantenido inmutables desde la época precolonial", lo cual no es

cierto (Stavenhagen s/f: 34). Una visión tal lo que pretende no es sino una reafirmación del carácter "primitivo" de las sociedades indígenas (Whitehead 1989), es decir, se trata de una reformulación de los argumentos evolucionistas a través del espacio de la "cultura".

En otro trabajo² revisamos cómo en los casos de los Achuar (Descola 1983) y los Ese Eja (Moore 1985) hay un tratamiento distinto de una misma institución jurídica: la propiedad privada. Mientras que los Achuar tomaron el concepto y lo llevaron a realizaciones concretas como la delimitación de parcelas familiares, los Ese Eja mantuvieron sus formas de propiedad tradicional sin incorporar este concepto, a la vez que mantuvieron el criterio de apropiación por el trabajo.

De modo que es necesario revisar el caso de la resistencia de la sociedad indígena al modelo social que plantea la sociedad nacional, como veremos más adelante.

Entre los Aguaruna del Chiriaco el contacto con la sociedad nacional llevó a la incorporación de elementos propios de la administración de justicia estatal pero de manera que respondieran a los intereses de la sociedad Aguaruna. De manera más concreta el desarrollo singular del derecho en la sociedad Aguaruna (Ballón 1989) se encuentra con la aceptación de la sociedad nacional, debido a la incorporación de la administración de justicia con instancia plural, la celda y la escrituración del derecho, confirmando en los hechos que el derecho consuetudinario ni es inmutable ni está aislado de la sociedad nacional.

Stavenhagen y Ballón (Ballón s/f: 349) coinciden en considerar al derecho consuetudinario como fundamentalmente dinámico. Esta afirmación de su carácter dinámico es central para la definición de su naturaleza y para la diferenciación con los postulados positivistas. Para los positivistas el derecho consuetudinario es una institución primitiva, sin capacidad de adaptación a nuevas condiciones sociales³. Esta afirmación es de cuidado, pues un derecho que no se adapta a los nuevos requerimientos sociales está condenado al desuetudo, sin embargo, cabe preguntarse si la afirmación positivista del carácter estático del derecho consuetudinario tiene sentido.

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

Refiriéndose al derecho positivo occidental de las sociedades capitalistas Marx afirma que la definición de lo que constituye el derecho está en directa relación con las condiciones históricas propias de una sociedad, así nos dice que "no es la conciencia del

hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia" (1955 339-343).

Profundizando sobre esta misma idea, Stoyanovitch explica al derecho en las sociedades capitalistas occidentales como un elemento de dominación que permite el uso «legitimado» de la coacción (1981: 44-47). De modo que no es posible una definición universal de qué es lo que constituye el derecho en una sociedad, pues la respuesta estará condicionada por las condiciones particulares de desarrollo y consolidación de la sociedad de la que se trate. En el mismo sentido Merry considera que "...Defining the essence of law or custom is less valuable than situating these concepts in particular sets of relations between particular legal orders in particular historical contexts" (Merry 1988: 889).

De manera similar, Ballón critica la concepción positivista que trata de plantear una definición esencialista y universal del derecho, desconociendo los particulares procesos históricos que dan lugar al derecho en distintas sociedades. Así nos dice que "... las instituciones existentes en la realidad (particular) occidental se las cataloga como constitutivas del derecho (universal) y al no encontrarlas igualmente precisas y definidas en otras sociedades (particulares), se concluye que aquéllas no cuentan con forma alguna de derecho.". (Ballón s/f: 350).

Ello se ve claramente en Hart (1977), quien entiende al derecho como un sistema regulador del comportamiento social basado en el principio de la seguridad jurídica positiva. Sin embargo, el propio derecho positivo es un producto histórico, hace sólo dos siglos las normas jurídicas, los tratados morales y religiosos así como el "recto parecer" eran utilizados indistintamente en el razonamiento jurídico⁴ (Trazegnies 1981: 195-196). En este sentido, Ballón (1989: 350) señala que las categorías de un determinado momento histórico del derecho positivo no debieran usarse como categorías universales que definen qué es un sistema jurídico.

Adicionalmente tenemos al formalismo jurídico (Hart 1977; Diez Picasso 1986), el mismo que es la contradicción fundamental del positivismo; este, como postulado cerrado y absoluto, no tiene asidero en la realidad, las normas de aplicación real implican ante todo valores y estos valores no necesariamente han recibido el "bautismo" de normas jurídicas positivas.

En tal sentido Geertz (1983) y Santos (s/f), muestran como el sistema estatal, por su propia dinámica homogenizadora y excluyente da lugar al establecimiento de espacios donde la realidad del contexto social, plural y multiforme, busca legitimarse en un orden jurídico alternativo, favoreciendo el surgimiento de un derecho alternativo donde la ley no es el único objeto del fenómeno jurídico (Bergalli 1992: 16-17), tal sería el caso latinoamericano de la informalidad económica y jurídica.

1.2.- El concepto de Derecho Consuetudinario.-

Existe un conjunto relativamente amplio de autores que han trabajado el tema del derecho consuetudinario a partir de estudios de las sociedades no americanas (Malinowsky 1973 [1926], Radcliffe-Brown 1974 [1933], Moore 1969, Gluckman 1969, Salomone 1969, Kobben 1969, Nader 1969, Bohannan 1969, Benda-Beckmann 1984, etc.). En general, el origen de la antropología estuvo vinculado a juristas que buscaban explicar el funcionamiento de las sociedades "primitivas".

Para Pound el Derecho es el ejercicio del "control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza de la sociedad políticamente organizada." (Pound citado por Radcliffe-Brown 1974: 241). Es

importante entender este concepto de Pound el mismo que está fuertemente vinculado a la idea de la ingeniería social, es decir, la posibilidad de generar el cambio social desde el derecho. Esta propuesta no solo que ha sido criticada sino que ha sido rechazada

desde la perspectiva del derecho consuetudinario por Moore (1973).

Por su parte Radcliffe-Brown prefiere una aplicación más limitada del concepto de derecho, de modo que lo equipara a su concepto de sanciones legales organizadas. (Radcliffe-Brown 1974: 241). Es decir, se trata de "procedimientos definidos y reconocidos que se dirigen contra una persona cuya conducta es objeto de desaprobación social" y "son sanciones legales cuando las impone una autoridad constituida política, militar o eclesiástica". (Radcliffe-Brown 1974: 236-237). Ahora bien, como se observa en algunas

controversias reguladas por el derecho consuetudinario, no necesariamente hay una desaprobación social firme, puede que exista por el contrario cierta simpatía por lo acontecido, sin embargo, lo que determinará el funcionamiento del derecho será, en ese caso, la existencia de un conflicto. Por ejemplo, en el caso del adulterio femenino, éste es muchas veces bien visto, sin embargo, el varón recurre a una actuación de carácter simbólico que reafirma y salvaguarda su posición social al interior del grupo. En este contexto el hombre gritará, amenazará y probablemente golpeará a la mujer sin que ello de lugar a ningún reclamo ni sanción por parte de los miembros de la comunidad. Igualmente, la mujer no recibirá apremio por su actitud. Salvo en el caso en que el daño infligido a la mujer fuere muy grave o se produjera la muerte de esta, entonces intervendrían los parientes más directos planteándose la controversia.

Debemos recordar que Radcliffe-Brown distingue un "Derecho de Delitos Públicos" y un "Derecho de Delitos Privados", el primero es un "procedimiento organizado y regular de toda la comunidad o de los representantes constituidos de la autoridad social de la que se deriva la fijación de la responsabilidad de alguna persona dentro de la comunidad, o la administración por la comunidad, o por sus representantes de un daño o castigo a la persona responsable." Mientras que el Derecho de Delitos Privados es aquel donde una persona "apela a una

autoridad judicial constituida, que declara a alguna otra persona o cuerpo de personas dentro de la comunidad responsable y determina y ordena que el ofensor de satisfacción al ofendido" (Radcliffe-Brown 1974: 235-240),

la que generalmente es una indemnización o compensación. Esta distinción se deriva de una vieja preocupación de los juristas, presente desde Roma, sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, límites nunca claramente precisados y que con los actuales procesos socioeconómicos se hacen hoy mas tenues en el campo del derecho positivo. Cabe entonces preguntarse cuál puede ser el aporte de una reflexión tal para el derecho consuetudinario. Por más que relativizemos los significados de los términos público y privado, tendremos que, al estudiar el derecho en operación, la contribución de esta diferenciación es limitada. Actualmente, ésta preocupación ha quedado de lado en la tarea de los modernos antropólogos jurídicos que más bien tratan de identificar como funciona el derecho consuetudinario en el conjunto social.

Otro de los aportes iniciales de la antropología jurídica lo constituye las investigaciones de Malinowsky, en el archipiélago melanesio de las Trobiand. A partir de esta experiencia nos dice que "El derecho es más un aspecto de su vida tribal, un aspecto de su estructura, que un sistema independiente socialmente completo en sí mismo. [...] Es el resultado específico de la configuración de obligaciones que hacen imposible al nativo eludir sus responsabilidades sin sufrir por ello en el futuro." (1973: 74).

Si bien coincidimos en la vinculación estrecha entre derecho consuetudinario y vida social, parece que Malinowsky asume que el derecho consuetudinario es un sistema cerrado y perfecto, lo que sabemos que no es así, sobretodo a partir del estudio de situaciones de no conflicto donde la interpretación de las reglas se hace más laxa. Pero el propio Malinowsky aclara el problema señalando que "...De hecho, el dogma de la obediencia automática, es decir, de la absoluta rigidez de las reglas de la costumbre, implica una exageración del

derecho criminal en la comunidades primitivas y la correspondiente negativa de la posibilidad de un derecho." (Malinowsky 1973: 71).

Por otro lado, sabemos que en las sociedades amazónicas no se da la configuración tribal, incluso cuando ello sucede se trata de sociedades que no son originarias de América, como los Cottica Djuka, negros de Suriname, en consecuencia interesa revisar un concepto alternativo. Por su parte, Stavenhagen (s/f) nos sugiere un concepto amplio de derecho consuetudinario, aparentemente aplicable tanto a grupos occidentales como a no occidentales, se trata entonces de "...un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etcétera), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado." (Stavenhagen s/f: 29).

De modo que Stavenhagen define al derecho consuetudinario por contraste frente al derecho estatal. Esta es una primera diferencia con el derecho consuetudinario desarrollado por las potencias imperiales europeas durante la implementación de sus gobiernos coloniales en África y Asia. En aquellos casos se le recrimina al derecho el haber sido resultado y construcción de la búsqueda por «el» derecho consuetudinario, es decir, un derecho que, satisfaciendo a la población local, diera respuesta adecuada a la estructura de dominación colonial impuesta. De este modo, el derecho consuetudinario llegó a las cortes mientras que los propios estudios de antropología jurídica sirvieron como códigos, en el sentido jurídico. (Benda Beckman 1984: 30-31).

Desde otra perspectiva Burns señala que el Derecho es un fenómeno que puede distinguirse de la costumbre, pues el concepto de derecho

"...is intrinsically linked with the concept of a disinterested third party superior to all contending parties." (Burns 1989: 4). En tal

sentido, el mito de Adat, utilizado por el gobierno colonial holandés como instrumento de unificación nacional en Indonesia, era resultado de la identificación de "custom with law" (Burns 1989). Esta identificación errónea favoreció la construcción de una teoría ahí donde la realidad colonial exigía una respuesta jurídica. Los académicos y estudiosos fueron particularmente responsables en la introducción de la costumbre como derecho ante los tribunales. De modo que se dio un proceso de «estatalización» del derecho consuetudinario, donde el Estado y sus tribunales decidían que costumbres tenían vigencia y cómo se aplicaban.

Al respecto Stavenhagen diría que "No existe, por lo general, un aparato administrativo específico ni los especialistas profesionales encargados de elaborar y/o aplicar el derecho." (Stavenhagen s/f: 30). Sin embargo, ello es así porque la conformación social es absolutamente distinta de aquella de las sociedades estatales. El funcionamiento del derecho consuetudinario se da través de la intervención, sí de una tercera parte, pero que no aplica el derecho, sino que negocia su aplicación con las partes en conflicto. Por otro lado, si debemos señalar que en casos como el de la justicia Aguaruna existe un aparato que aplica la ley, aún cuando ello sea resultado del contacto con la sociedad nacional.

A ello habría que agregar que un elemento distintivo del derecho consuetudinario es el hecho de ser generado por un sujeto colectivo difuso, y su verificación se da igualmente de manera colectiva y es ante todo re-creación. No es el caso del derecho positivo moderno donde si bien en la generación de la norma pueden intervenir muchas personas, el sujeto es unívoco: la autoridad.

Por otro lado, un elemento distintivo del derecho positivo, pontificado por todos sus teóricos, es el hecho de la existencia unívoca de la norma, uno enfrentado a la norma puede conocer de manera más o menos cierta su contenido; "la ignorancia del derecho no excusa su aplicación" es un viejo adagio jurídico que muestra la

preminencia del formalismo jurídico sobre la realidad social. A modo de reto, Moore nos dice: "... Certainty is one of the themes of the Anglo-American legal creed. But a major task of the legal scholar is to apply himself to the study of those very aspects of the law that do not comfortably fit such a conception." (Moore 1969: 377).

Esta propuesta va asociada con las experiencias de Gluckman (1969) en el proceso judicial Barotse, étnia africana de Rhodesia del Norte, donde los grandes principios de la justicia aparecen en cierto modo indefinidos, pero se van perfilando con claridad cuando se llega al nivel más concreto del proceso, allí donde los hechos del caso tienen un lugar preeminente.

Finalmente, coincidimos con Stavenhagen (s/f) quien, siguiendo a Gibbs (1969), sugiere descartar la comprensión del derecho o de lo jurídico como una «institución» o una esfera separada de la sociedad tal como se la tiende a ver en occidente, y nos propone entender al derecho como un campo donde no solamente existe un "complejo de reglas y normas jurídicas [...] sino también los valores culturales y las ideologías, la personalidad y la sicología de los actores individuales, así como el mundo de los signos, los símbolos y el lenguaje" (Stavenhagen s/f: 33).

CAPITULO II Elementos para conceptualizar el
Derecho en una sociedad indígena
amazónica

"...La legitimidad del derecho consuetudinario, [...], se encuentra en el sistema de parentesco, en las concepciones religiosas y en el vínculo social de la comunidad con la tierra." (Stavenhagen 1988: 99).

Al abordar la realidad social indígena amazónica, las ciencias sociales han enfatizado la relación con la sociedad nacional y los procesos económicos y políticos, dejando de lado algunos aspectos del funcionamiento interno de la sociedad indígena que, sin embargo, continúan actuando, incluso con modificaciones o adaptaciones. Por ello es necesario estudiar los procesos de construcción del liderazgo, el papel de las relaciones de parentesco y alianza, la configuración local del poder, entre otros elementos a fin de informarnos de las características de tales sociedades y apreciar en qué medida, elementos ajenos a una concepción de derecho occidental, actúan.

Veamos el caso del dominio sobre la tierra, el que generalmente está vinculado a tradiciones de origen que indican quienes fueron los ancestros y los asentamientos donde estos se establecieron. Si el grupo tiene que abandonar su territorio tradicional entonces deberá "adaptar sus tradiciones a las nuevas condiciones, dándose un nuevo mito de origen" (Goldman 1963:71).

Tal es el caso de los Cubeo, entre quienes el territorio se encuentra definido por un conjunto amplio de nombres y lugares, familiares con el asentamiento, que permiten consolidar y conservar el territorio, sin embargo, cualquier conflicto sobre delimitaciones espaciales es resuelto mediante la intervención de la fratría. Es decir, en la resolución de un conflicto legal quien arbitra tiene una clara definición y base en las reglas de parentesco, mientras que las pautas que le permitirán entender los hechos le remiten a la cosmovisión indígena ⁵.

2.1.- Cosmovisión indígena

"Uno mata con el propósito de adquirir fuerza, ... [...] El haber matado es tener garantía de que la familia de uno sea respetada, defendida y vengada por otros".

Chumapi, Shamán Achuar (recogido en Colajanni 1984: 238).

"...sólo los chamanes hacen que los hombres se maten unos a otros, porque ellos siempre brujean. Hay una ley que hace que matemos a los chamanes. [...] Yo tenía derecho de matar a Chumapi pues a pesar de ser mi cuñado, él era algo aparte. Mi hermano Kayáp solía decirme: «Tu tienes el derecho de matar al chamán...»".

Kamíjiu, Indígena Achuar (recogido en Colajanni 1984: 245-246).

Conocer la cosmovisión indígena nos permite acercarnos al entendimiento del comportamiento social de estas sociedades. Si bien hay heterogeneidad en el planteamiento de las explicaciones sobre la realidad y la relación con ésta, en general se puede afirmar que las sociedades indígenas se entienden a sí mismas como parte integrante de esta realidad. Ellas no se separan de ésta para dominarla desde fuera, como es el caso del occidente cristiano, sino que se interpretan como parte interactuante con los demás objetos de la realidad con los que es necesario establecer relaciones para poder reproducirse material y culturalmente.

En el caso de los Achuar, Descola (1989: 132) señala que no existe una distinción entre naturaleza y sobrenaturaleza dado que todos los elementos o sujetos de la vida cotidiana están dotados de atributos y se rigen por regulaciones similares a las de la vida en sociedad. Más aún, en los tiempos míticos, los seres de la naturaleza tenían forma humana y un nombre, que determinaría en lo que se convertirían posteriormente. Estos seres de la naturaleza, al perder su forma humana, sólo perdieron algunos atributos, como la capacidad del lenguaje, pero no el conjunto de atributos que los

hace seres de la naturaleza, al igual que el hombre. Así se explica, por ejemplo, el caso del Tucán como símbolo del comportamiento matrimonial. Esta ave es considerada como autora de proezas eróticas, pero sobretodo se le atribuye una gran estabilidad como pareja. Sin embargo, a la muerte de un tucán su pareja llora durante días para luego buscar una nueva pareja. Esto ultimo es considerado como ejemplar para los Achuar, pues el matrimonio es el espacio de realización personal y social del Achuar (Descola 1989: 136-137). En general, en las sociedades indígenas el hombre no llega a la plena realización como ser social sino a través del matrimonio, igualmente, en el caso de la mujer, es a través del matrimonio que el hombre y la mujer asumen tareas que los definen como plenamente integrados al todo social, por ejemplo, el cultivo de la chacra para la mujer, la cacería para el hombre.

Respecto de los mismos Achuar Vallée y Crépeau (1984) señalando el carácter de la acción grupal de los miembros de un asentamiento, nos dicen que "...No se le escapa a nadie que el bienestar de los miembros de la casa depende, [...], del tipo de relaciones que los seres humanos deben sostener con los seres no humanos, y esta relación no puede ser sostenida correctamente si no es a través de rituales cuyo objetivo es la apropiación o la conservación del poder: poder que permite enfrentar a los peligros que existen en sus alrededores sobrenaturales." (Vallée y Crépeau 1984: 180). De igual manera, los

tucano hablantes del noroeste amazónico recurren al shaman y al Payé como mecanismos de intermediación y negociación con el mundo sobrenatural para favorecer la vida cotidiana.

Otro ejemplo de la vinculación entre el mundo natural y sobrenatural lo tenemos entre los Cubeos del Vaupés, quienes no tienen dioses, pero creen en la existencia de un conjunto abundante de formas antropomórficas con las cuales es necesario establecer una relación de intercambio, de comunicación, para obtener

beneficios materiales directos como buena caza, el crecimiento de su sib, etc. (Goldman 1963: 253). Es importante anotar que los Cubeos antes que consagrarse a la relación con los espíritus, plantean una relación privilegiada y directa con los ancestros, quienes son percibidos como seres sobrenaturales pese a que no tienen poderes extraordinarios, pero que pueden interceder y favorecer una mejor condición en la obtención de recursos de la naturaleza.

Como vemos dentro de la cosmovisión indígena los espacios de lo natural y sobrenatural, no están totalmente aislados entre sí sino que la presencia de uno está combinada con el otro, pues la realidad material tiene siempre una esencia inmaterial. Esta concepción cosmogónica será determinante en la tipificación de deberes y obligaciones respecto de los elementos de la naturaleza que en la tradición jurídica romana son "cosas". Por ejemplo no es lo mismo la caza de un peccary común y corriente que de aquel que se supone es un ente espiritual, para ello es necesario que el cazador esté en capacidad de distinguir lo uno de lo otro.

Por otro lado, la concepción de la realidad influye y hasta favorece el conflicto pues para los Achuar ésta profunda vinculación entre lo material y lo inmaterial llevan a que, por ejemplo, se asuma que tanto la enfermedad como la muerte tiene un origen humana "...por lo que toda enfermedad o muerte está conectada con un hombre que debe ser castigado, una vez que lo identifique el hechicero que se halla bajo los efectos de un alucinógeno llamado natém..." (Colajanni 1984: 230-231).

Esta percepción de la realidad y de la vinculación entre lo natural y lo sobrenatural es lo que llevó por ejemplo al Amuesha Miguel Espíritu Ascensio a matar a su suegro y cuñado luego de haberlo identificado, con la ayuda del shamán, como el causante de la enfermedad de su pequeña hija⁶.

En términos de derecho positivo está acción del shamán sería percibida como instigación de asesinato, con la probable excusa de ser un asiduo consumidor de sustancias alucinógenas. Sin embargo, las diferencias entre un delincuente que utiliza pasta básica de cocaína para cometer sus fechorías en banda y la situación del shamán saltan a la vista. Es decir, los contextos sociales específicos que explican nuestra percepción del hecho jurídico son distintos.

Como también señala Colajanni es obvio que los shamanes vienen a constituirse en una fuente de conflictos a la vez que son "el centro focal del sistema social e ideológico de los Achuar" (Colajanni 1984: 231). Sin embargo, el conflicto no se produce descontrolada y abruptamente sino que es resultado de un proceso de catalización de tensiones sociales, donde tanto los enfrentados como los líderes cumplen claros roles sociales, los primeros en la difusión y colectivización de su conflicto mientras que los segundos lo hacen al aprobar una respuesta colectiva legítima.

Así tenemos que analizando un conjunto de conflictos violentos Colajanni identifica tres "fases consecutivas" en el desarrollo de los conflictos: la primera se caracteriza por una hostilidad informalizada y latente en el cual el conflicto se colectiviza, una segunda etapa donde el enfrentamiento, ahora grupal, conduce a la violación de los derechos matrimoniales, por ejemplo en el caso de la entrega de las viudas, y la reacción en contra de las relaciones prohibidas; y una tercera fase donde se produce la repentina muerte de un adulto o dos jóvenes miembros de las partes en conflicto, recién entonces estalla una oleada de asesinatos y ataques directos. Es entonces cuando la pregunta por la paz solo podrá tener una respuesta en base al tipo de relaciones de parentesco y sociales que existan en cada grupo y entre sí (Colajanni 1984: 234). Para Colajanni este accionar evolutivo y fraccionado es resultado de la existencia de un pensamiento jurídico que respalda

o restringe el accionar social⁷.

Refiriéndose a la generación del poder entre los Achuar, Harner nos dice que "Para ser reconocido kakaram, un individuo debe haber matado muchas personas. [...] Estos asesinatos pueden ser intra o intertribales [...]. Si se identifica bien con su tarea en el curso del asesinato, por ejemplo, si es el primero en tirar sobre la víctima, se insinuará por otro lado que parece poseer el poder." Ello significa que habrá casos en "que acepta matar a un miembro de su propio grupo y que no es su enemigo". (Harner 1972: 112).

Es decir, la muerte es un instrumento de acceso al poder y al prestigio, pero no por ello se deja de desear venganza para con el causante de la misma, solo que la respuesta antes que ser una sanción socialmente institucionalizada en un aparato jurídico formal, se da a través de otro mecanismo socialmente aprobado: la venganza. Así "La venganza es [...] la institución, por excelencia, de la sociedad Tupinamba. Matrimonio, jefatura, chamanismo hasta profetismo, todos, no solo se articulan con, sino que se subsumen en la venganza" (Cunha y Viveiros 1990: 185).

Como ya vimos en el caso Achuar sucede lo mismo y así podríamos remitirnos a los Huaorani y muchas otras etnias amazónicas⁸.

Estudiando el caso concreto de Chumapi, un shamán Achuar asesinado, Colajanni (1984) explica que su muerte no fue el simple fruto de una venganza sino que era resultado de un lento proceso de desprestigio donde la ausencia de relaciones de alianza entre este shaman y otros líderes Achuar, favoreció su muerte⁹. Aquí debemos señalar la importancia del nexo endógamo como afianzador de relaciones sociales y condicionador de respuestas a demandas sociales. En este caso la muerte de Chumapi no solo estuvo «justificada» sino que era una necesidad social, debido al alto nivel de tensión social causado por las enfermedades y muertes atribuidas a Chumapi, él que sin embargo no era responsable de las mismas. En este caso la muerte de Chumapi no sólo no tuvo sanción

jurídica sino que ni siquiera provocó un acto de venganza¹⁰.

Si bien estamos analizando la cosmovisión indígena y sus relaciones con el conflicto y el derecho, es inevitable la referencia al sistema de parentesco y las relaciones de alianza. En todo caso, lo sucedido con Chumapi es un ejemplo de como los elementos de la vida en sociedad están estrechamente interrelacionados.

2.2.- Estructura social indígena

2.2.1.- Las relaciones de parentesco

En una propuesta teórica, fruto del estudio de sociedades africanas, Moore (1969: 374-396) nos propone que el parentesco es, en primer lugar, ideología, mientras que las normas jurídicas no son directivas o prohibiciones simples sino que "they appear in clusters, framed in concepts, hedged about with special circumstances, with variations and conditions, with exceptions and accommodations of contradictory principles"

(Moore 1969: 376). En tal sentido, uno y otro no son términos equivalentes, pero si conexos. De este modo debemos entender que el parentesco es básicamente un "infinitely expandable system of identities. As it has to do with sequences of generations, it often gets involved with facts and myths about sex and procreation, with rules of incest and exogamy, and with the distribution and handing on of property and status. Social units may describe their boundaries in terms of it." (Moore 1969: 381).

Adicionalmente, propone que para estudiar las conexiones entre parentesco y derecho en una sociedad determinada es necesario examinar los derechos y obligaciones de los individuos preguntándose si ¿es el parentesco por si mismo una fuente efectiva de los derechos involucrados o el parentesco es operativo sólo

cuando se combina con otros factores? y, ¿si es el parentesco la única fuente de los derechos involucrados o pueden adquirirse los mismos derechos por medios alternativos que no involucren el parentesco? (Moore 1969: 381). A partir de su experiencia de campo con los Lango del norte de Africa señala que existen técnicas simples, como la ampliación del concepto de familia, a través de las cuales la definición de parentesco y patriclan pueden ser ajustadas para adecuarse a condiciones sociales variables. Además, hay ciertas condiciones bajo las cuales no es la definición de parentesco sino sus concomitantes sociales los que se ajustaron o cambiaron. Exactamente lo mismo pasa con el derecho donde a veces el concepto puede ser ajustado o, en otro caso, lo son las reglas. Finalmente, indica la existencia de una doble vía entre estructura social y las ideas sobre la misma, de modo que no es necesario atormentarse con preguntas sobre si la aplicación de la regla es una desviación de la misma. (Moore 1969: 395-400).

En el caso de los Achuar, la presencia del nexo endógamo entre las partes en disputa, miembros de una fraternidad, actúa como atemperador del atomismo social (Descola 1989: 25-26), pues permite una vinculación con otros miembros de la fraternidad o sibs que en ausencia de éste nexo serían considerados como ajenos. Ello es importante porque, por ejemplo, el sistema de resolución del conflicto en caso de transgresiones se basaba en la mediación del "juunt" (headman), las familias y amigos de la víctima y el agresor o, en el peor de los casos, desembocaba en una guerra abierta entre dos nexos endógamos (Descola 1989: 27). Tengamos presente que difícilmente se da un "conflicto grave dentro de un nexo endógamo", generalmente se trata de la oposición entre sujetos co-residentes, pero miembros de nexos endógamos distintos, los cuales finalmente terminan involucrados directamente en el conflicto" (Descola 1989: 26-27).

Otro es el caso de las normas de parentesco como determinantes en el acceso a los bienes materiales, así por ejemplo, los Cubeo son una muestra de que "objects tend to be exchanged largely in

accordance with principles of kinship and blood brotherhood (Goldman 1963: 71).

Igualmente antes de 1970, los Achuar tenían un régimen de acceso y uso de bienes que combinaba normas de parentesco con normas sobre uso de recursos ambientales¹²; de este modo, las reglas de matrimonio y residencia, tenían un papel en la asignación de recursos finitos. Lo que conjugado con la inexistencia de derechos permanentes y transmisibles sobre la tierra era congruente con la agricultura de roza y quema (Descola 1983).

2.2.2.- Patrones de asentamiento

De acuerdo a Riviere (1984) no serían los condicionamientos ecológicos los determinantes del patrón de asentamiento, sino por el contrario, a partir de sus estudios en las sociedades indígenas de las Guyanas, sugiere que el tamaño y alto grado de dispersión de los asentamientos indígenas está relacionado al tipo de organización social y política. Ello se explica porque las disputas al interior del asentamiento provocan la división del mismo y el surgimiento de un nuevo headman que fundará un nuevo asentamiento. De modo que la dimensión del asentamiento está vinculada a la capacidad de éste de resolver los conflictos de manera efectiva. También es cierto que existen otros factores que pueden favorecer la división de los asentamientos, tales como las enfermedades y plagas.

Supuestamente, el patrón de los asentamientos en tierra firme se caracterizaría por un tamaño relativamente pequeño, menos de 150 habitantes, dispersión en el espacio y poca estabilidad espacial y temporal. Sin embargo, esta situación ha cambiado debido a los procesos de colonización y de incorporación a la sociedad nacional; así, por ejemplo, el establecimiento de escuelas favorece la nuclearización, el crecimiento del asentamiento y la permanencia del mismo. Otro proceso que incide en el mismo sentido es la

titulación de comunidades, que fija de manera definitiva el área del asentamiento y elimina la posibilidad de la renovación del asentamiento en zonas más alejadas. (Santos y Barclay 1985).

Veamos el caso de los Matsés. Hasta 1969 mantenían un patrón de asentamiento en malocas con una permanencia aproximada de 5 años, ese año el Instituto Lingüístico de Verano los contactó y estableció una pista de aterrizaje al lado de una maloca. Poco a poco, habitantes de otras malocas se trasladaron a la zona. Al cabo de unos años la caza comenzó a escasear, debido a la concentración de la población sobre una misma área y por un período mayor al acostumbrado. (Romanoff 1977).

La caza es parte fundamental de la reproducción cultural de los Matsés, a la vez que su escasez es un elemento para la movilidad de las malocas (Romanoff 1977: 123; Ross 1978; Ross 1980). Como en muchos grupos amazónicos, la cacería entre los Matsés, además de proveer un alto índice de proteínas (Vickers 1980; Yost y Kelley 1983; Redford y Robinson 1988) da lugar a un conjunto de comportamientos que fuera de expresar la regulación social del consumo, forman parte importante de su cultura. En todo este contexto el regalo de carne constituye una norma¹³.

La escasez aguda de carne llevó a la transgresión de la regla de la generosidad, generando conflictos entre los miembros del asentamiento Matsés, dando paso al fraccionamiento de las malocas. De modo que era necesario trasladar el asentamiento, sin embargo, el ILV se negaba a abandonar la pista de aterrizaje y la relación de dependencia entre los Matsés y el ILV se había consolidado. Ante la gravedad de la crisis derivada de la escasez de carne los Matsés encontraron una alternativa: un nuevo patrón de asentamiento intermedio entre la movilidad y el sedentarismo. Se estableció un sistema que combinara malocas y chacras centrales, al lado de la pista de aterrizaje, con malocas y chacras periféricas. Las primeras aseguraban el contacto con el ILV, durante el tiempo que

sus miembros estuvieran en la zona, mientras que las segundas servían como residencia habitual, abasteciendo de carne a la población, mediante el acceso a zonas de bosque menos intervenidas. Tanto en el centro como en la periferia se practicaba la agricultura y la caza, pero hubo una diferencia cualitativa en favor de la periferia. De esta manera, variando su patrón de asentamiento, los Matsés lograron satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de caza y agricultura evitando los conflictos que su insatisfacción producía (Romanoff 1977).

La expansión de la frontera de colonización ha favorecido la nucleación territorial y la variación del patrón de ocupación y explotación del medio de los Achuar por uno de tipo ganadero (Descola 1983). Estos cambios significan no sólo una afectación del modo de aprovechamiento de los recursos, sino un cambio en las propias estructuras sociales. A nivel jurídico observamos que el principio de apropiación de los productos de la tierra a través del trabajo se reemplazó por la noción de propiedad privada. El aprovechamiento del bosque recibió también la noción de propiedad expresada en la delimitación espacial mediante senderos de caza. Aún cuando en un primer momento esta propiedad inculta se consideraba comunal, el valor económico de los recursos que ella contiene (canela y fibras de palma, entre otros) aceleró el proceso de apropiación individual.

La sedentarización no sólo afecta al patrón de residencia basado en la movilidad espacial con el objeto de optimizar el uso de recursos sino que introduce conceptos ajenos como el de "sucesión" que contribuyen al reforzamiento de la endogamia local y al rechazo de unidades domésticas exógenas. Descola considera que estos fenómenos conducirán a la reestructuración "social de su territorio [de manera] similar a (...) las sociedades agricultoras africanas organizadas sobre el linaje, ...[donde] el derecho de acceso a un lote de terreno (...) está condicionado por la pertenencia a un grupo corporado de descendencia" (1983: 124);

lo que creemos lleva necesariamente a un cambio en la estructura de poder y en las formas de relacionamiento político.