

Escuchando ladrar a los perros: Hernando de Soto y su receta para la Amazonía

Hearing the barking dogs: Hernando de Soto and his recipe for the Amazon

PATRICK WIELAND & THOMAS THORNTON*

Resumen: El trabajo del economista peruano Hernando de Soto ha sido tan influyente como controversial. Su obra maestra, *El misterio del capital*, propone como solución a la pobreza en los países en desarrollo transformar la informalidad a través de derechos de propiedad y empresa. En 2009, luego de los violentos enfrentamientos en Bagua, De Soto sugirió extrapolar la tesis de *El misterio del capital* a la Amazonía peruana como solución a los conflictos sociales. De Soto plantea que la única salida para el progreso de los pueblos amazónicos es a través del reconocimiento de derechos de propiedad y la creación de empresas de responsabilidad limitada. Este artículo sostiene, sin embargo, que la pretendida extrapolación sería inconveniente. A la luz de la experiencia de los Estados Unidos con la parcelación de tierras nativas y corporaciones nativas de Alaska, se sugerirá que la supuesta integración económica de la Amazonía podría en realidad exponer a sus habitantes a apropiación de sus recursos y favorecer su desintegración social, cultural y ambiental.

Palabras clave: De Soto – propiedad – formalización – recursos naturales – Amazonas – pueblos indígenas – Bagua – Alaska – ANCSA – parcelación

Summary: The work of Peruvian economist Hernando de Soto is both influential and controversial. His 2000 bestseller *The Mystery of Capital* posits that to solve poverty in the developing world, the poor need to transition from the extralegal sector to the official economy through formal property rights and incorporated businesses. In 2009, following the 2009 bloody clashes of indigenous peoples and law enforcement agents in the Peruvian Amazon, De Soto suggested the extrapolation of *The Mystery of Capital* to the Amazon as a solution for their underdevelopment. He contended that the Amazon natives could only progress if granted formal title to land and allowed to create limited liability corporations. This paper argues, however, that the purported extrapolation of *The Mystery of Capital's* propositions is problematic. It aims

* Este artículo fue originalmente escrito en inglés. La traducción es de Patrick Wieland. Patrick Wieland es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 2005); magíster en Derecho (LLM) por la Universidad de Yale (Connecticut, 2011); magíster en Ciencias (MSc) por la Universidad de Oxford (Oxford, 2012); actualmente es profesor en la Maestría de Derecho de la Minería de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Lima) y asociado senior del Estudio Echeopar, miembro de Baker & McKenzie (Lima). Correo electrónico: pwielandf@gmail.com. Thomas Thornton es bachiller en Sociología y Antropología (BA) por Swarthmore College (Pensilvania, 1986); magíster (MA) y doctor (PhD) en Antropología por la Universidad de Washington (Washington, 1995); actualmente es profesor en la Escuela de Geografía y Medio Ambiente de la Universidad de Oxford y Senior Fellow del Environmental Change Institute (ECI) de la misma universidad. Es experto en ecología política y manejo de recursos naturales de los pueblos nativos de Norteamérica y el Polo Norte. Correo electrónico: thomas.thornton@ouce.ox.ac.uk

to show that economic integration of the Amazon natives may further expose their land resources to appropriation and, in actuality, trigger their cultural, social and environmental disintegration.

Key words: De Soto – property – formal property – natural resources – Amazon – indigenous peoples – Bagua – Alaska – ANCSA – allotment

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS MISTERIOS DE HERNANDO DE SOTO.- II.1. EL MISTERIO DEL CAPITAL.- II.2. EL MISTERIO DEL CAPITAL DE LOS INDÍGENAS AMAZÓNICOS.- III. ¿MISTERIO O MITO?.-IV. LA EXTRAPOLACIÓN DE *EL MISTERIO DEL CAPITAL* A LA AMAZONÍA.-IV.1.BREVE VISITAZO A LA AMAZONÍA PERUANA.- IV.2. PARCELACIÓN DE TIERRAS NATIVAS.- IV.3. LAS CORPORACIONES NATIVAS DE ALASKA.- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de propiedad son reconocidos como una de las maneras más efectivas de empoderar a los pobres¹. Precisamente, uno de los intelectuales detrás de los programas de formalización de la propiedad en países en desarrollo es el economista peruano Hernando de Soto. Su trabajo ha sido influyente y, a la vez, controversial². En efecto, millones de dólares se han invertido en más de treinta países para implementar sus ideas³, respaldadas por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) que dirige, aunque los resultados han sido dispares. Su libro más célebre, *El misterio del capital: por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*⁴ (en adelante EMC), ha sido descrito por *The Economist* como «el libro más inteligente jamás escrito sobre el desafío actual para lograr el capitalismo en el mundo en desarrollo»⁵.

Luego de las violentas protestas ocurridas en la Amazonía peruana en 2009, De Soto viró su atención hacia la situación de los pueblos indígenas en el Perú. Para ello, lanzó el documental titulado *El misterio del capital de los indígenas amazónicos*⁶, en el cual sostiene que los pueblos indígenas requieren poder económico para defender su cultura y sus tierras, lo cual solo se alcanza con derechos de propiedad y empresa. De esta manera,

1 Ver ATUAHENE, Bernadette. «Legal Title to Land as an Intervention Against Urban Poverty in Developing Nations». *George Washington International Law Review*, 36 (2004), pp. 1109-1179; y FIELD, Erica. «Entitled to Work: Urban Property Rights and Labor Supply in Peru». *The Quarterly Journal of Economics*, 122 (2007), pp. 1561-1602.

2 Ver ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment». En BARROS, Benjamin (Ed.). *Hernando de Soto and Property in a Market Economy*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2010, p. 21.

3 Ver DYAL-CHAND, Rashmi. «Exporting the Ownership Society: A Case Study on the Economic Impact of Property Rights». *Rutgers Law Journal*, 39 (2007-2008), pp. 59-109.

4 DE SOTO, Hernando. *El misterio del capital: por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*. Lima: Editorial Norma, 2009.

5 *The Economist*. «Special Report: The New Rich», (<http://www.economist.com/node/654131>), 2001.

6 DE SOTO, Hernando. *The Mystery of Capital Among the Indigenous Peoples of the Amazon*. Documental, (<http://www.ild.org.pe/our-work/projects/indigenous-peoples/dvd/>), 2009.

la formalización de los derechos de propiedad y empresa son para De Soto la receta para el desarrollo de los nativos amazónicos.

Este artículo sostiene, sin embargo, que la extrapolación de la tesis de EMC a la Amazonía es problemática, por decir lo menos. Tomando como referencia el legado de las políticas de parcelación de tierras nativas y corporaciones nativas de Alaska, este artículo sugiere que la integración económica de los pueblos indígenas de la Amazonía que De Soto propugna podría, más bien, resultar en su desintegración cultural, social y ambiental.

La primera sección hará una breve síntesis de los principales argumentos de EMC, así como de la propuesta de aplicarla a la Amazonía peruana. La segunda sección provee una síntesis de las principales críticas que se han hecho a EMC. Finalmente, la tercera sección contiene una crítica a la iniciativa de De Soto a la luz de las políticas de parcelación de tierras nativas y corporaciones nativas aplicadas en los Estados Unidos.

II. LOS MISTERIOS DE HERNANDO DE SOTO

II.1. El misterio del capital

EMC sostiene que los países en vías de desarrollo no han podido, hasta el momento, beneficiarse del capitalismo dada su «incapacidad para producir capital»⁷. Si bien reconoce que la mayoría de los pobres posee los activos físicos necesarios para que triunfe el capitalismo —de hecho, EMC estima que los activos de los pobres tienen un valor estimado de US\$ 9,3 millones de millones⁸— dicha posesión es «defectuosa»⁹: «Las casas de los pobres están construidas sobre lotes con derechos de propiedad inadecuadamente definidos, sus empresas no están constituidas con obligaciones claras y sus industrias se ocultan donde los financistas e inversionistas no pueden verlas»¹⁰. Así, considerando que los derechos de propiedad de los pobres no están debidamente registrados y sus negocios no son formales, dichos activos no pueden ser convertidos en capital, ser intercambiados más allá de círculos locales, usados como garantía para un préstamo o invertidos en un negocio a cambio de una participación¹¹. Y es que los pobres carecen del proceso de representación que es necesario para transformar sus activos de «capital muerto» a «capital vivo». Este es, sugiere, el *misterio del capital*.

Para dar vida a ese capital muerto se requiere formalidad: títulos de propiedad y registro público. La propiedad formal, dice De Soto,

7 DE SOTO, Hernando. EMC, p. 19.

8 Ibidem, p. 53.

9 Ibidem, p. 19.

10 L. cit.

11 L. cit.

327

ESCUCHANDO
LADRAR A
LOS PERROS:
HERNANDO
DE SOTO Y SU
RECETA PARA LA
AMAZONÍA

HEARING THE
BARKING DOGS:
HERNANDO DE
SOTO AND HIS
RECIPE FOR THE
AMAZON

permite usar un activo más allá de su uso físico. Para ello es necesario contar con sistemas de información estandarizados y universales¹² que faciliten la evaluación e intercambio del potencial de un activo¹³. No obstante, en el tercer mundo los derechos de propiedad están regidos por normas informales y están fragmentados en cientos de sistemas legales, convirtiendo a estos activos en bienes rígidos y no fungibles¹⁴. Es por ello que «los múltiples contratos sociales ubicados allá afuera [en el mundo informal] deben ser integrados en un solo contrato social que lo abarque todo»¹⁵.

Asimismo, *EMC* enfatiza que el exceso de burocracia hace extremadamente difícil la formalización de los pobres, quienes no tienen otra alternativa que vivir y trabajar fuera de la ley, usando sus acuerdos informales para proteger y movilizar sus activos¹⁶. Viven, dice De Soto, en un «apartheid capitalista», pues las élites locales y los burócratas bloquean cualquier transformación legal¹⁷.

Para resolver esto, *EMC* sugiere retirar la «campana de vidrio» que excluye a los pobres del sistema capitalista, incorporando a quienes operan en el mercado informal a la economía oficial a través de un nuevo «contrato social». Esto demanda esfuerzos de formalización fáciles, seguros y baratos. Además, para garantizar la legitimidad de este proceso, es indispensable que la ley formal «esté conectada con los contratos sociales extralegales que determinan los derechos de propiedad existentes»¹⁸. Precisamente, «descubrir» o «decodificar» la ley extralegal o la ley del pueblo exige «escuchar ladrar a los perros»¹⁹.

II.2.El misterio del capital de los indígenas amazónicos

El 5 de junio de 2009 representa una página negra en la historia reciente del Perú²⁰. En Bagua, en el departamento de Amazonas, treinta y tres nativos y policías murieron durante las protestas contra la aprobación de la ley forestal por parte del Ejecutivo sin haber llevado adelante un proceso de consulta previa. Los hechos de Bagua revelan el incremento

12 *Ibidem*, pp. 66-67.

13 *Ibidem*, p. 68.

14 *Ibidem*, pp. 70-71.

15 *Ibidem*, p. 142.

16 *Ibidem*, p. 37.

17 *Ibidem*, pp. 77-78.

18 *Ibidem*, p. 153.

19 «[Durante mi visita a Bali] paseaba por los campos de arroz sin preocuparme por donde estaban los linderos de las propiedades. Pero los perros lo sabían. Cada vez que cruzaba de una finca a otra, ladraba un perro distinto. Aquellos perros de Indonesia ignoraban el derecho formal, pero tenían claro cuáles activos controlaban sus amos. Les dije a los ministros que los perros de Indonesia contaban con la información básica que ellos precisaban para establecer un sistema de propiedad formal. Escuchar los ladridos en un recorrido por sus calles de la ciudad y sus caminos del campo podía permitirles ir escalando la enredadera de las representaciones extralegales regadas por el país, hasta hacer contacto con el contrato social vigente» (*ibidem*, pp. 145-146).

20 Ver BEBBINGTON, Anthony. «The New Extraction: Rewriting the Political Ecology of the Andes?». *NACLA Report on the Americas*, XLII, 5 (2009), pp. 12-20.

en la conflictividad social que aqueja al país, con más de ciento cincuenta conflictos socioambientales²¹ en todo el territorio²². De hecho, millones de peruanos aún se sienten excluidos de los beneficios de la prosperidad económica de la última década, lo que contribuye a crear un clima de insatisfacción social.

Con la finalidad de coadyuvar a encontrar una solución pacífica a los conflictos sociales, De Soto y el ILD elaboraron el documental titulado *El misterio del capital de los indígenas amazónicos*, en el cual sugieren aplicar las conclusiones de ECM a la Amazonía, a través de la formalización de la propiedad y empresas nativas. A continuación, reseñaremos esta propuesta.

Primero, De Soto considera que el problema central de los pueblos indígenas es la falta de reconocimiento legal de sus tierras. Los títulos de propiedad otorgados por el gobierno peruano a los pueblos indígenas «son irrelevantes y no tienen prácticamente ninguna función»²³, sostiene. Los títulos indígenas no proveen la ubicación exacta de los predios, las tierras no están correctamente delimitadas ni registradas, y los registros están desactualizados. Por lo tanto, las tierras solo tienen valor y son respetadas dentro de la comunidad, lo cual conduce a la superposición de usos de la tierra y a conflictos entre los nativos, poseedores y empresas extractivas. Todas estas limitaciones socavan el control de los pueblos indígenas sobre su territorio y hacen imposible que puedan aprovechar al máximo su potencial económico.

Segundo, De Soto sostiene que los nativos amazónicos no tienen acceso a herramientas empresariales suficientes. No pueden distinguir legalmente los bienes de la comunidad de los bienes individuales; operan sin responsabilidad limitada (lo que genera riesgos de inversión más altos); y no tienen acceso al crédito. Por el contrario, las tribus indígenas de Alaska, precisa De Soto, han progresado formando empresas multimillonarias sin perder su cultura. Si los nativos amazónicos pudieran incorporar los valores y tradiciones indígenas a sus corporaciones, podrían proteger mejor su cultura y, al mismo tiempo, tomar ventaja de la globalización. Más aun, De Soto cree que los nativos amazónicos podrían también beneficiarse del petróleo, el oro y la madera que se encuentra en sus tierras, para lo cual estructuras corporativas más fuertes son indispensables.

21 Según la metodología de la Defensoría del Pueblo, los conflictos socioambientales giran en torno al control, uso y/o acceso al ambiente y sus recursos. Ver Defensoría del Pueblo. *Reporte de Conflictos Sociales N° 105 - Noviembre 2012*. Lima: Defensoría del Pueblo, (<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-105-Noviembre-2012.pdf>), 2012.

22 *Ibidem*, p. 6.

23 DE SOTO, Hernando. *The Mystery of Capital Among the Indigenous Peoples of the Amazon*.

ESCUCHANDO
LADRAR A
LOS PERROS:
HERNANDO
DE SOTO Y SU
RECETA PARA LA
AMAZONÍA

HEARING THE
BARKING DOGS:
HERNANDO DE
SOTO AND HIS
RECIPE FOR THE
AMAZON

De Soto sustenta su argumento en el hecho de que la vida indígena no está en contraposición con la modernidad. Si bien las tierras indígenas son manejadas en común hacia el mundo exterior, dentro de la comunidad los miembros de la comunidad se comportan como terratenientes individuales, refiere. El documental muestra actas de las comunidades en las cuales se autoriza la compraventa, transferencia y alquiler de las tierras y bienes de la comunidad entre sus miembros. Además, De Soto enfatiza que los nativos amazónicos comercializan sus bienes en el mercado: aun en los lugares más remotos de la Amazonía, los nativos venden lo que cazan y recogen. Sin embargo, para los nativos es demasiado costoso iniciar un negocio o comercializar sus productos más allá de su comunidad, pues no pueden apalancar sus habilidades ni activos para progresar.

En resumen, De Soto señala que los pueblos indígenas no viven en un paraíso en donde todo es de todos y los derechos privados son innecesarios. Por el contrario, «para bien o para mal los nativos amazónicos han empezado una transición al mercado»²⁴. En consecuencia, requieren los mismos derechos de propiedad y empresa que son reconocidos al resto del país.

III. ¿MISTERIO O MITO?

Muchos han elogiado el trabajo de Hernando de Soto por señalar que los costos de regulación y «cerrazón legal» impiden que los pobres puedan acceder al mercado²⁵. Su investigación enfatiza que los sistemas caracterizados por derechos de propiedad que funcionan bien aumentan la *performance* económica, promueven las inversiones y reducen los costos de transacción del crédito²⁶. Asimismo, los programas de titulación pueden mejorar el valor de la propiedad²⁷ y permiten que las personas mejoren sus viviendas²⁸. De hecho, dado que la propiedad formal reduce las probabilidades de ser desalojado —por lo cual los pobres ya no tienen que invertir sus escasos recursos en defender físicamente sus bienes— la formalización tiende a aumentar el tiempo de trabajo fuera del hogar²⁹.

24 *Ibidem*.

25 Ver LIBECAP, Gary. «Book Review: *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* By Hernando de Soto». *The Journal of Economic History*, 61 (2001), pp. 1166-1167.

26 Ver *ibidem*; y ARRUNADA, Benito & Nuno GAROUPA. «The Choice of Titling System in Land». *Journal of Law and Economics*, 48 (2005), pp. 709-723.

27 Ver ALSTON, Lee & otros. «The Determinants and Impact of Property Rights: Land Titles on the Brazilian Frontier». *Journal of Law, Economics and Organization*, 12 (1996), pp. 25-61.

28 Ver MANASTER, Kenneth. «The Problem of Urban Squatters in Developing Countries: Peru». *Wisconsin Law Review*, 60 (1968), pp. 23-61.

29 Ver FIELD, Erica. *Ob. cit.*

No obstante, la mayoría de críticos considera que EMC ofrece una solución simplista a un tema complejo³⁰. Si bien la titulación de tierras es importante y genera efectos positivos, no ofrece una teoría única para el desarrollo³¹ y presenta una variedad de problemas, empezando por su alto costo. Además, los críticos proclaman que vencer la pobreza requiere una serie de medidas complementarias que incluye buenas políticas económicas, ajustes políticos, mejoramiento de los sistemas judiciales y bancarios, entre muchas otras³². Todas estas reformas, sin embargo, son «puestas bajo la alfombra» en EMC, planteando a los procesos de titulación como un «almuerzo gratis»³³ para resolver la pobreza³⁴.

El vínculo entre título formal y acceso al crédito es quizá el argumento más controversial en ECM, habida cuenta la escasa evidencia empírica que lo sustente³⁵. Sus críticos apuntan a que la titulación no genera un aumento automático en las oportunidades de crédito para los pobres³⁶.

Para los detractores de De Soto, EMC ignora que los terrenos que ocupan los migrantes informales son, en realidad, recursos valiosos en el mercado³⁷. Además, EMC no dice nada sobre la posibilidad de que los terrenos invadidos sean reclamados por sus verdaderos propietarios o exista una concurrencia de reclamos³⁸. Asimismo, desconoce el hecho de que las viviendas informales generalmente se erigen en áreas ecológica o arqueológicamente sensibles, cumbres empinadas o zonas vulnerables a derrumbes³⁹, lo cual dificulta y encarece su (eventual) habilitación urbana⁴⁰. Es más, aun cuando EMC alaba el ingenio de la cultura informal, mostrando a los invasores informales como empresarios que

30 Ver MANDERS, Jonathan. «Sequencing Property Rights in the Context of Development: A Critique of the Writings of Hernando de Soto». *Cornell International Law Journal*, 37 (2004), pp. 177-198; y HENDRIX, Steven. «Myths of Property Rights». *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 12 (1995), pp. 183-223.

31 *The Economist*. «Of Property and Poverty», (<http://www.economist.com/node/7830252>), 2006.

32 WOODRUFF, Christopher. «Review of de Soto's *The Mystery of Capital*». *Journal of Economic Literature*, 39 (2001), pp. 1215-1223.

33 Ver ibidem; y ROSSER, Ezra. «Immigrant Remittances». *Connecticut Law Review*, 41 (2008-2009), p. 1.

34 Para ser justos, el discurso de de Soto parece ser menos determinista en otras ocasiones: «No estoy diciendo que otras reformas no sean necesarias. Simplemente digo que un sistema de derechos de propiedad es una reforma principal, sin la cual otras reformas son difíciles de administrar. Es bastante claro que los derechos propiedad por sí solos no van a resolver otros problemas. Pero para mí lo que también está claro es que sin derechos de propiedad jamás podríamos lograr otras reformas de manera apropiada». Citado en CLIFT, Jeremy. «Hearing the Dogs Bark, Interview with Hernando de Soto». *Finance and Development*, 40 (2003), p. 11.

35 Ver NYAMU, Celestine. «De Soto and Land Relations in Rural Africa: Breathing Life into Dead Theories about Property Rights». *Third World Quarterly*, 28 (2007), pp. 1457-1478; ROSSER, Ezra. «Immigrant Remittances»; KING, Winter. «Illegal Settlements and the Impact of Titling Programs». *Harvard International Law Journal*, 44 (2003), pp. 443-471; *The Economist*. «Of Property and Poverty»; y OTTO, Jan. «Rule of Law Promotion, Land Tenure and Poverty Alleviation: Questioning the Assumptions of Hernando de Soto». *Hague Journal on the Rule of Law*, 1 (2009), pp. 173-195.

36 Ver HENDRIX, Steven. Ob. cit.

37 Ver ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment».

38 Ver ibidem; OTTO, Jan. Ob. cit.; y DYAL-CHAND, Rashmi. Ob. cit.

39 Ver ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment».

40 Ver MANASTER, Kenneth. «Squatters and the Law: The Relevance of the United States Experience to Current Problems in the Developing Countries». *Tulane Law Review*, XLIII, 127 (1968-1969), pp. 94-127; y KING, Winter. Ob. cit.

luchan contra la burocracia estatal, De Soto no toma en consideración los impactos ambientales de la informalidad, como cuando menciona el caso de la minería informal durante la fiebre del oro en California⁴¹, cuyos efectos fueron nefastos para el ambiente y la salud.

Así las cosas, los escépticos consideran que la propuesta de EMC puede ocasionar nuevas e interminables «olas de invasión», incluso contra aquellos terrenos recién titulados y en zonas cada vez más marginales⁴². Por ello, debe fijarse un límite temporal a la formalización de la propiedad informal⁴³. De otro lado, la ausencia de un límite temporal a la formalización puede generar violencia y, quizá, una reversión a la propiedad informal⁴⁴. Por lo tanto, hay voces que sugieren que si las invasiones han de ser reconocidas del todo, deben serlo solo como una «etapa de transición hacia un sistema de derechos de propiedad uniforme y universal, caracterizado por la estabilidad y la generación de riqueza»⁴⁵.

En la siguiente sección, analizaremos los desafíos que supone la extrapolación de EMC a la Amazonía.

IV. LA EXTRAPOLACIÓN DE *EL MISTERIO DEL CAPITAL* A LA AMAZONÍA

IV.1. Breve vistazo a la Amazonía peruana

En el Perú existen más de setenta y siete grupos étnicos y por lo menos sesenta y ocho lenguas distintas son habladas⁴⁶. De acuerdo con el censo de 2007, la población indígena del Perú es de aproximadamente cuatro millones, de los cuales seis por ciento son nativos amazónicos⁴⁷.

Las comunidades nativas tienen origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, entre otros⁴⁸. El Estado les reconoce personalidad jurídica y garantiza la integridad de su propiedad territorial.

41 Ver ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment».

42 Ver *ibidem*.

43 Ver *ibidem*; y KING, Winter. Ob. cit.

44 Ver COUSINS, Ben & otros. «Will Formalizing Property Rights Reduce Poverty in South Africa's Second Economy? Questioning the Mythologies of Hernando de Soto». *Programme for Land and Agrarian Studies – PLAAS*, 18 (2005), pp. 27-29.

45 ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment», p. 29.

46 Ver Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA). «Mapa Etnolingüístico del Perú». Elaborado por el antropólogo José Luis Portocarrero Tamayo. Lima, (<http://www.indepa.gob.pe/mapa2.html>), 2010.

47 Defensoría del Pueblo. «Informe Defensorial No. 152: Aportes para una Política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los Pueblos Indígenas del Perú». Lima, (<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/Informes/defensoriales/Informe-Defensorial-152.pdf>), 2011.

48 Ver Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, aprobada por decreto ley 22.175.

333

La organización interna de las comunidades nativas está regida por sus estatutos, siendo la Asamblea General el órgano máximo de la comunidad y la Junta Directiva el órgano de gobierno y administración. Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier acto sobre sus tierras, se requiere el voto aprobatorio de por lo menos dos tercios de todos los miembros de la comunidad⁴⁹.

De otro lado, la Constitución del Perú reconoce la identidad cultural, étnica y lingüística de las comunidades nativas⁵⁰. Aun cuando el Estado peruano es unitario⁵¹, se reconoce autonomía jurisdiccional a las comunidades nativas dentro de sus tierras, siempre que se respeten los derechos fundamentales⁵². Finalmente, existen principios y estándares internacionales que protegen los derechos colectivos de los pueblos originarios⁵³.

IV.2. Parcelación de tierras nativas

De acuerdo con EMC, los derechos de propiedad consuetudinarios son una forma «pantanososa» de poseer bienes. Por esta razón, plantea reemplazar este sistema por uno de derechos de propiedad formal. Al unificar y uniformizar todos los derechos de propiedad en un sistema sencillo, único y nacional en el que los derechos sean entendibles y comercializables por cualquier persona en el mundo, los pueblos indígenas podrán encontrar el camino hacia una economía de mercado, enfatiza De Soto. Empero, la universalización de los derechos de propiedad es problemática.

En primer lugar, la política de parcelación de tierras indígenas aplicada en los Estados Unidos tuvo consecuencias devastadoras para los nativos americanos⁵⁴. Entre 1887 y 1934, como consecuencia de la ley federal de parcelación (*General Allotment Act*), las reservaciones de los nativos americanos fueron formalmente parceladas, divididas en lotes individuales y separados que pasaron a ser de propiedad individual o familiar (típicamente lotes de ciento sesenta acres para jefes de familia y lotes más pequeños para los solteros y menores de edad)⁵⁵. En total la aprobación de esta ley afectó a cuarenta y un millones de acres de tierras indígenas, que fueron parceladas sin consulta ni consentimiento previo de los nativos americanos.

49 Ver Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, ley 26.505.

50 Ver Constitución del Perú. Artículos 2 incisos 19, 20 y 89.

51 *Ibidem*, artículo 43.

52 *Ibidem*, artículo 149.

53 Por ejemplo, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007.

54 Ver BOBROFF, Kenneth. «Retelling Allotment: Indian Property Rights and the Myth of Common Ownership». *Vanderbilt Law Review*, 54 (2001), pp. 1557-1623.

55 ROSSER, Ezra. «Anticipating De Soto: Allotment of Indian Reservations and the Dangers of Land-Titling». En BARROS, Benjamin (ed.). *Ob. cit.*, p. 61.

ESCUCHANDO
LADRAR A
LOS PERROS:
HERNANDO
DE SOTO Y SU
RECETA PARA LA
AMAZONÍA

HEARING THE
BARKING DOGS:
HERNANDO DE
SOTO AND HIS
RECIPE FOR THE
AMAZON

La parcelación y «cosificación» de las tierras nativas fue percibida en aquel momento como una política progresista, interesada en reemplazar «un sistema de vida tribal, salvaje y primitivo por uno civilizado basado en el sedentarismo y la agricultura»⁵⁶. Los creadores de políticas públicas de aquel entonces —y Hernando de Soto en la actualidad— creían que los derechos de propiedad de los pueblos indígenas debían ser sustituidos por títulos de pleno dominio (*fee simple rights*)⁵⁷, equivalentes a aquellos de la población no-indígena⁵⁸. En lo que se creía era un modo de alejarse de la política separatista que tradicionalmente había regido las relaciones entre el gobierno federal y los nativos americanos, la parcelación de tierras nativas fue percibida como un instrumento apropiado para que los nativos sean asimilados e integrados a la sociedad estadounidense⁵⁹.

Empero, la política de parcelación de tierras indígenas no incrementó la productividad agropecuaria ni benefició económicamente a los indios norteamericanos⁶⁰. Por el contrario, los nativos americanos se volvieron cada vez más dependientes de la ayuda del gobierno. Además, miles perdieron sus tierras en transacciones con personas no-indígenas o, si no las perdieron, vieron sus tierras fragmentarse, lo que perjudicó la toma de decisiones sobre el uso de la tierra⁶¹ y volvió impracticable el desarrollo de actividades agrícolas y de pastoreo sobre ellas.

Por consiguiente, «la experiencia de la parcelación de las tierras indígenas sugiere que la fe ciega en el poder transformador de los procesos de titulación no es el camino correcto, así como resalta los peligrosos que enfrentan los grupos desventajados cuando sus derechos de propiedad son formalizados como derechos individuales»⁶². A la luz de este funesto ejemplo histórico, la convicción de Hernando de Soto por la titulación individual de la tierra comunal es desconcertante.

En segundo lugar, De Soto considera que la coexistencia entre distintos sistemas de propiedad en un país (vale decir, el llamado pluralismo jurídico) es anárquica⁶³. La fragmentación de los derechos de propiedad en los países en desarrollo impide el desarrollo económico, arguye De Soto. Así pues, a decir de EMC el destino de todas las sociedades es

56 ROYSTER, Judith. «The Legacy of Allotment». *Arizona State Law Journal*, 27 (1995), pp. 1-78, p. 9.

57 En el derecho común, los títulos de pleno dominio (*fee simple rights*) son derechos de propiedad predial cuya duración es infinita. Son derechos absoluto a la tierra, libres de cualquier reclamo o pretensión contra el título, que uno puede vender o transferir por voluntad o herencia (definición adaptada de *The Free Dictionary*, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/fee+simple>).

58 Ver ROSSER, Ezra. «Anticipating De Soto: Allotment of Indian Reservations and the Dangers of Land-Titling».

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

61 Ver HELLER, Michael. *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*. Basic Books, 2010; y ROYSTER, Judith. *Ob. cit.*

62 ROSSER, Ezra. «Anticipating De Soto: Allotment of Indian Reservations and the Dangers of Land-Titling», p. 61.

63 Ver NYAMU, Celestine. *Ob. cit.*

evolucionar de la propiedad comunal a la propiedad individual⁶⁴. Aun cuando la idea de que de la propiedad individual emerge cuando los recursos comunes se vuelven más valiosos o escasos, lo que justifica reglas más claras de propiedad, forma parte de parte del discurso económico⁶⁵, es controversial en tanto niega el valor de la propiedad comunal.

El impulso evolucionista opera como marco para eliminar cualquier vestigio de comunitarismo [...] a fin de darle validez únicamente a los derechos que más se asemejen a la propiedad individual o absoluta. Aun cuando los argumentos contemporáneos a favor de la formalización reconocen la necesidad de dar reconocimiento legal a la propiedad comunal, todavía se percibe que tal reconocimiento es solo un paso transicional hacia la individualización de la propiedad⁶⁶.

Escuchar ladrar a los perros es una de las analogías más celebradas de EMC⁶⁷. Significa que el título de propiedad formal «debe ser construido sobre los principios que actualmente subyacen en la legitimidad local de tales derechos»⁶⁸. Pero si la propiedad privada individual es el resultado inevitable, y el pluralismo jurídico es el enemigo, De Soto solo está dispuesto a escuchar los ladridos de algunos perros, lo que sugiere que su lucha por el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas depende de qué tanto los ladridos encajan con la «arquitectura oculta» de la propiedad capitalista.

Además, la fórmula de éxito planteada en EMC no solo está reñida con la constitución multicultural que tenemos en el Perú, sino también con los avances en el derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho de propiedad previsto en la Convención Americana comprende a los regímenes de tenencia de la tierra indígena y comunal, por lo que también merecen reconocimiento y protección legal⁶⁹. Además, de acuerdo con el artículo veintiséis de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, este reconocimiento y protección debe ser conducido con respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra indígena. Por lo tanto, ignorar o desmembrar la propiedad comunal resulta

64 *Ibidem*.

65 Ver ANDERSON, Terry & P.J. HILL. «Evolution of Property Rights: A Study of the American West». *The Journal of Law & Economics*, XVIII, 1 (1975), pp. 163-179, p. 163; y DEMSETZ, Harold. «Toward a Theory of Property Rights». *American Economic Review Papers and Proceedings*, 57 (1967), pp. 347-358.

66 NYAMU, Celestine. *Ob. cit.*, p. 1464.

67 Ver CLIFT, Jeremy. *Ob. cit.*

68 CHIMHOWU, Admos & Phil WOODHOUSE. «Customary vs Private Property Rights? Dynamics and Trajectories of Vernacular Land Markets in Sub-Saharan Africa». *Journal of Agrarian Change*, 6 (2006), pp. 346-371.

69 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay, (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf), 2006.

problemático desde un punto de vista constitucional e internacional, si se quiere.

De esta manera, si bien la seguridad sobre la tierra es esencial para asegurar el desarrollo económico de los pueblos indígenas⁷⁰, por lo que los Estados tienen el deber de titular la tierra ancestral de las comunidades⁷¹, esto no es equivalente a convertir la propiedad comunal en propiedad individual. Y es que el problema del planteamiento de De Soto es que la formalización es equiparada a propiedad individual exclusivamente⁷², desconociendo la pluralidad de sistemas de tenencia de la tierra que coexisten en el país, en general, y en la Amazonía, en particular.

En tercer lugar, la propuesta de De Soto asume que es factible «codificar» o «positivizar» las convenciones sociales, locales, orales e informales en reglas legales, fijas, precisas y finales⁷³. Aun si esto fuera posible, los sistemas tradicionales de propiedad y la propiedad individual derivan de cosmovisiones distintas que suelen ser incompatibles⁷⁴ o incomparables. Por un lado, la propiedad privada se centra en el individuo y permite al dueño de un bien excluir a los demás⁷⁵. Por el otro, la propiedad comunal se centra en el grupo y pretende la preservación de la identidad, cultura, religión y modos de subsistencia comunales⁷⁶. A decir de Carol Rose:

La titulación supone la incorporación de una estrategia modernista —caracterizada por el derecho a excluir— a un conjunto de relaciones tradicionales basadas en el derecho a usar. La propiedad formal aspira a la simplicidad, transparencia y libre intercambio, mientras que los sistemas de propiedad tradicional son cerrados a los extraños, requieren de participación de la comunidad e involucran menos transferencias y comercialización⁷⁷.

En consecuencia, dado que la cultura e identidad indígena están intrínsecamente vinculadas al territorio tradicional⁷⁸, la conversión de la propiedad comunal a propiedad individual socavaría la gobernanza

70 Ver ANAYA, S. James. «Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources». *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 22 (2005).

71 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) AwasTingni Community contra Nicaragua, (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf), 2001.

72 Ver NYAMU, Celestine. Ob. cit.

73 Ver OTTO, Jan. Ob. cit.

74 Ver COUSINS, Ben & otros. Ob. cit.

75 Ver ROSE, Carol M. «The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property». *University of Chicago Law Review*, 53 (1986), pp. 711-712; y MERRILL, Thomas W. «Property and the Right to Exclude». *Nebraska Law Review*, 77 (1998), p. 730.

76 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) AwasTingni Community contra Nicaragua.

77 ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment», pp. 32-33.

78 Ver PASQUALUCCI, Jo M. «International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples». *Wisconsin International Law Journal*, 27 (2009), p. 51.

y cultura indígenas⁷⁹. La destrucción de los sistemas de propiedad tradicional de los maorí por parte de los conquistadores británicos en Nueva Zelanda es un ejemplo claro de esta posibilidad⁸⁰. Las interpretaciones divergentes entre las versiones en inglés y maorí del Tratado de Waitangi, que definió la propiedad de la tierra y los recursos naturales entre la corona y los maorí, revela qué tan divergentes y complejas son las concepciones maorí sobre la propiedad y tutela de las tierras, aguas y otros recursos naturales, en comparación con aquellas de los colonizadores británicos. De hecho, los debates permanentes sobre el tratado hasta nuestros días revelan la resiliencia de la cosmovisión maorí, a pesar de más de ciento cincuenta años de gobierno no-indígena en Nueva Zelanda.

Por supuesto, el documental argumenta que los nativos amazónicos «han abandonado la propiedad comunal». Sin embargo, diversas voces en el Perú han cuestionado esta afirmación, señalando que la comunidad presentada en el documental (a saber, la comunidad de Marankiari Bajo) no es un ejemplo representativo⁸¹. Si bien algunas comunidades nativas han parcelado y distribuido las tierras comunales entre sus miembros, o incluso han alquilado parcelas a personas ajenas a la comunidad, esto no es necesariamente aplicable a la mayoría de pueblos amazónicos que todavía posee sus tierras en común⁸².

En cuarto lugar, los programas de titulación de De Soto pueden exacerbar las desigualdades sociales. La propiedad formal crea «ganadores y perdedores», trayendo seguridad para unos, pero inseguridad para otros⁸³. Puede desposeer a las mujeres, a quienes detentan derechos secundarios, entre otros grupos vulnerables⁸⁴. Adicionalmente, la fungibilidad y alienabilidad que dotan los títulos de propiedad y la parcelación individual de las tierras permiten la concentración de la tierra en manos de quienes detentan el poder económico y político⁸⁵, ya sea directamente, a través de transacciones

ESCUCHANDO
LADRAR A
LOS PERROS:
HERNANDO
DE SOTO Y SU
RECETA PARA LA
AMAZONÍA

HEARING THE
BARKING DOGS:
HERNANDO DE
SOTO AND HIS
RECIPE FOR THE
AMAZON

79 Ver TAMANAHA, Brian. «The Rule of Law and Legal Pluralism in Development». *Hague Journal on the Rule of Law*, 3 (2011), pp. 1-17; ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment»; y HENDRIX, Steven. Ob. cit.

80 Ver ROSE, Carol M. «Big Roads, Big Rights: Varieties of Public Infrastructure and their Impact on Environmental Resources». *Arizona Law Review*, 50 (2008), pp. 408-443.

81 Ver Centro Peruano de Estudios Sociales. «Analizando el Misterio del Capital». Entrevista con Margarita Benavides. Lima (<http://www.youtube.com/watch?NR=1&feature=endscreen&v=jzNOW9QJ4lo>); CHIRIF, Alberto. «El Otro (¿despistado?) Sendero». Lima, (<http://servindi.org/actualidad/opinion/16603>), 2010; y SORIA, Carlos. «Los mosaicos de propiedad en la Amazonía y el cebo de culebra». *Boletín Temático Servindi*, 66 (2009), (http://servindi.org/pdf/Serv_66_DeSoto.pdf).

82 Ver CHIRIF, Alberto. Ob. cit.; y VARESE, Stefano. «Cinco siglos o cuarenta años: Poco ha cambiado para los pueblos indígenas amazónicos en lucha por sus autonomías», (<http://servindi.org/actualidad/opinion/17923>), 2010.

83 Ver NYAMU, Celestine. Ob. cit.

84 Ver ATUAHENE, Bernadette. «Legal Title to Land as an Intervention Against Urban Poverty in Developing Nations». *George Washington International Law Review*, 36 (2004), pp. 1109-1179; ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment»; y HENDRIX, Steven. Ob. cit.

85 Ver MANDERS, Jonathan. Ob. cit.; y OTTO, Jan. Ob. cit.

en el mercado, o indirectamente, a través de medidas de embargo⁸⁶. Lo anterior puede resultar en la desposesión de los nativos amazónicos y en la germinación de desigualdades estructurales entre terratenientes.

En resumen, la aplicación de la receta de EMC a los sistemas de propiedad tradicional indígena ha fracasado en el pasado, como evidencia la experiencia de los Estados Unidos con la implementación de una política similar. Por ello, el esquema de De Soto «tiene el potencial para convertirse en otra invasión: [esta vez, una invasión sobre] las formas cerradas o semi-cerradas de propiedad tradicional»⁸⁷, tanto en términos de los principios culturales que subyacen a esta forma de propiedad, como en las relaciones sociales que la sostienen.

Así las cosas, replicar o generalizar al estilo occidental la propiedad formal entre los pueblos indígenas exige una evaluación caso por caso⁸⁸ y, más importante incluso, que las propias comunidades indígenas tengan la habilidad de decidir si quieren alterar sus esquemas de propiedad pre-existentes⁸⁹.

IV.3. Las corporaciones nativas de Alaska

En 1971 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Solución a los Reclamos de los Nativos de Alaska (*Alaska Native Claims Settlement Act*– ANCSA). ANCSA constituyó una solución política a un problema histórico entre los nativos de Alaska —que reclamaban el territorio de Alaska como propiedad ancestral⁹⁰— y el gobierno federal de los Estados Unidos, que había pospuesto la solución a dichos reclamos desde la adquisición de Alaska de manos de Rusia en 1867⁹¹. La oportunidad para «resolver» este problema llegó en 1969 con el descubrimiento de petróleo en la bahía de Prudhoe en el norte de Alaska y la consecuente necesidad de construir el Ducto Trans-Alaska para exportarlo por el puerto de Valdez, atravesando los terrenos en disputa⁹². Así, la necesidad de construir el ducto se tradujo en presión política por parte de las compañías petroleras sobre el Congreso de los Estados Unidos para negociar finalmente una salida definitiva con los nativos de Alaska⁹³.

86 Ver PAYNE, Geoffrey & otros. «The Limits of Land Titling and Home Ownership». *Environment and Urbanization*, 21 (2009), pp. 443-462; y ROSSER, Ezra. «Immigrant Remittances».

87 ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment», p. 24.

88 Ver HENDRIX, Steven. Ob. cit.

89 Ver ROSSER, Ezra. «Anticipating De Soto: Allotment of Indian Reservations and the Dangers of Land-Titling».

90 Ver WARD, Marylin & Robert RUDE. «ANCSA: Sovereignty and a Just Settlement of Land Claims or an Act of Deception?». *Touro Law Review*, 15 (1998-1999), pp. 479-496.

91 Ver SMIDDY, Linda. «Responding to Professor Janda - The U.S. Experience: The Alaska Native Claims Settlement Act (ANCSA) Regional Corporation as a Form of Social Enterprise». *Vermont Law Review*, 30 (2005-2006), pp. 823-854.

92 Ver WARD, Marylin. «Indian Country and Inherent Tribal Authority: Will they Survive ANCSA?». *Alaska Law Review*, 12 (1997), pp. 443-470; y REED, John. «Oil Developments in Alaska». *Polar Record*, 15 (1970), pp. 7-17.

93 Ver WARD, Marylin. Ob. cit.; BERARDI, Gigi. «The Alaska Native Claims Settlement Act (ANCSA)- Whose Settlement Was It? An Overview of Salient Issues». *Journal of Land Resources and*

ANCSA es una ley compleja que tomó años de negociación y concesiones recíprocas entre el gobierno federal y los nativos⁹⁴. En síntesis, el acuerdo supuso el traspaso de tierras a los nativos (en total, alrededor de cuarenta y cuatro millones de acres, lo que equivale al diez por ciento del total del territorio de Alaska), además de casi mil millones de dólares en compensación económica por las tierras afectadas (a un precio de tres dólares americanos por acre aproximadamente)⁹⁵. Simultáneamente, el Congreso creó trece corporaciones regionales y cerca de doscientas corporaciones aldeanas como instituciones beneficiarias y administradoras de la tierra y de la compensación económica⁹⁶. Las corporaciones aldeanas recibieron derechos sobre la superficie del terreno (típicamente veintitres mil acres ubicados cerca de sus asentamientos humanos preexistentes), mientras que las corporaciones regionales recibieron control sobre los recursos del subsuelo⁹⁷.

Pero ANCSA fue mucho más que un acuerdo inmobiliario⁹⁸. En la época fue entendido como una herramienta de desarrollo —un nuevo arpón para Alaska⁹⁹— que serviría para mejorar las condiciones de vida de los nativos mediante la explotación de sus recursos naturales, ayudándoles a ganar poder político y preservar su cultura¹⁰⁰. De hecho, el modelo corporativo fue diseñado como «el instrumento clave para ayudar a los nativos en su transición hacia una sociedad económica moderna»¹⁰¹.

El documental de Hernando de Soto alaba el modelo de corporaciones «multimillonarias» de Alaska y sugiere replicar el modelo en la Amazonía. Él ve la riqueza de los nativos de Alaska como el resultado de contar con derechos de propiedad claros y bien definidos, así como del establecimiento de las corporaciones nativas como vehículo para hacer negocios. Sin embargo, la idea de que el modelo de ANCSA puede ser exportado al Perú y a otros lugares es errada por varias razones.

Environmental Law, 25 (1995), pp. 131-137; y SUMMIT, Ben. «The Alaska Native Claims Settlement Act (ANCSA): Friend or Foe in the Struggle to Recover Alaska Native Heritage». *Thomas M. Cooley Law Review*, 14 (1997), pp. 607-632.

94 Ver SUMMIT, Ben. Ob. cit.

95 *Ibidem*.

96 Ver BERARDI, Gigi. Ob. cit.

97 Ver SMIDDY, Linda. Ob. cit.

98 Ver THORNTON, Thomas. «Alaska Native Corporations and Subsistence: Paradoxical Forces in the Making of Sustainable Communities». En MAIDA, Carl (Ed.). *Sustainability and Communities of Place*. Nueva York/Oxford: Berghahn Books, 2007.

99 Ver COLT, Stephen. «Alaska Natives and the "New Harpoon": Economic Performance of the ANCSA Regional Corporations». *Journal of Land Resources and Environmental Law*, 25 (2005), pp. 155-181.

100 Ver WARD, Marylin. Ob. cit.; y BERARDI, Gigi. Ob. cit.

101 BERARDI, Gigi. Ob. cit., p. 135.

ESCUCHANDO
LADRAR A
LOS PERROS:
HERNANDO
DE SOTO Y SU
RECETA PARA LA
AMAZONÍA

HEARING THE
BARKING DOGS:
HERNANDO DE
SOTO AND HIS
RECIPE FOR THE
AMAZON

Primero, De Soto olvida que ANCSA fue una solución política a un problema histórico específico: los reclamos de los nativos de Alaska sobre su territorio ancestral. Tal como el Tratado de Waitangi, ANCSA tuvo un contexto legal-histórico y cultural específico y único. Por esta razón, el planteamiento de De Soto es un ejemplo más de la proclividad a importar experiencias del derecho comparado sin consideraciones de contexto (lo que se conoce en inglés como *cherry picking*)¹⁰². En efecto, «simplemente no funciona embarcar leyes e instituciones desde los Estados Unidos o Europa y arrojarlas desde un helicóptero en el país de importación, pues carecen de legitimidad o relevancia para la cultura de tal país»¹⁰³. Aun cuando ANCSA fue radical (incluso en el marco del derecho federal indígena de los Estados Unidos), tenía claros precedentes en el derecho estadounidense, de la misma manera que el Tratado de Waitangi tuvo claros (pero divergentes) precedentes en el derecho británico y maorí. En suma, la posibilidad de transferir instituciones y fórmulas legales requiere su adecuación dentro de sistemas jurídicos establecidos.

Para graficar este argumento, en Perú los recursos naturales son patrimonio de la nación, por lo que sería inconstitucional dotar a los pueblos indígenas de la propiedad sobre los recursos del subsuelo, como hizo ANCSA en su momento¹⁰⁴. Quizá los pueblos amazónicos del Perú sí merecen una solución política al abandono histórico que han sufrido o incluso una reforma constitucional para darles algún derecho o interés sobre los recursos naturales en sus tierras. Empero, De Soto no justifica la necesidad de efectuar tal acuerdo o reforma constitucional para efectos de replicar algo parecido al modelo alaskaño.

En segundo lugar, la *performance* económica de las corporaciones nativas de Alaska está lejos de ser la historia de éxito que De Soto pretende contar. A modo de ejemplo, las corporaciones regionales perdieron más del setenta y cinco por ciento del dinero recibido como compensación económica en emprendimientos empresariales¹⁰⁵. Varios nativos de Alaska sufrieron para adaptarse al nuevo modelo empresarial, considerando su inexperiencia en los negocios, bajos niveles de educación y escasa familiaridad con el gerenciamiento de empresas (encaminado a maximizar las utilidades)¹⁰⁶. Así, «mediante una ley aprobada en

102 Ver JACKSON, Vicky. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

103 KELLEY, Thomas. «Unintended Consequences of Legal Westernization in Niger: Harming Contemporary Slaves by Reconceptualizing Property». *American Journal of Comparative Law*, 56 (2008), p. 1037.

104 Ver WIELAND, Patrick. «Avatar y la fábula del minero avaro, el Estado ausente y el indio pobre». En O'NEIL, Cecilia (ed.). *Cine y Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, en prensa.

105 Ver BERARDI, Gigi. Ob. cit.; y COLT, Stephen. Ob. cit.

106 Ver WARD, Marylin. Ob. cit.

Washington DC, a miles de kilómetros de distancia, los nativos de Alaska debieron convertirse, de la noche a la mañana, en miembros del mundo corporativo, recibiendo memorias anuales, poderes y balances contables»¹⁰⁷. Por ello, a decir de algunos comentaristas, este plan resultó siendo ridículo, pues el estilo de vida corporativo era incompatible con la cultura indígena¹⁰⁸. No obstante, otros autores señalan que ya para 1971 los nativos alaskeños habían empezado a participar en la explotación comercial de los recursos naturales, por lo que no es cierto que la vida empresarial les era totalmente ajena¹⁰⁹.

En tercer lugar, dado que la posibilidad de transferir (a terceros no-indígenas) las acciones de las corporaciones nativas tenía el potencial de socavar la cultura y tierras indígenas¹¹⁰, originalmente ANCSA estableció una prohibición de transferencia por veinte años (1971-1991), la cual fue modificada posterior e indefinidamente, dado el peligro de una venta rápida¹¹¹. Ahora bien, es muy probable que una prohibición similar a la transferencia de acciones en el caso de corporaciones amazónicas sería inaceptable para De Soto, en tanto no encaja dentro de las estrategias de libre mercado. Sin embargo, De Soto no ofrece ninguna alternativa de solución a este problema. Es más, en algunos casos, los accionistas del modelo ANCSA, que aspiraban a acceder al «capital vivo» del que habla De Soto, solicitaron a las corporaciones que dividan y distribuyan las tierras como «hogares privados», los cuales fueron ulteriormente vendidos o embargados, reduciendo y fragmentando la base territorial indígena.

En cuarto lugar, De Soto asume que la transición de los nativos amazónicos al mercado será sencilla. Por un lado, sin ningún derecho de propiedad o interés sobre los recursos del subsuelo ubicados en sus tierras, los nativos amazónicos del Perú no tendrán las mismas oportunidades («capital natural») que los nativos alaskeños para desarrollarse. Por el otro, el aislamiento de las comunidades, la falta de mano de obra calificada, los altos costos de energía y transporte, y el clima inclemente son factores que dificultan la economía de mercado¹¹². Los costos de acceso, energía e infraestructura pueden ser especialmente altos en comunidades nativas rurales, y las distancias entre los pueblos

107 *Ibidem*, p. 450.

108 Ver SUMMIT, Ben. Ob. cit.; ALLAWAY, James & Byron MALLOT. «ANCSA Unrealized: Our Lives Are Not Measured in Dollars». *Journal of Land Resources and Environmental Law*, 25 (2005), pp. 139-147.

109 SMIDDY, Linda. Ob. cit., p. 846.

110 *Ibidem*.

111 Ver FLANDERS, Nicholas. «The ANCSA Amendments of 1987 and Land Management in Alaska». *Polar Record*, 25 (1989), pp. 315-322.

112 Ver BERARDI, Gigi. Ob. cit.; y COLT, Stephen. Ob. cit.; THOMAS, Monica. «The Alaska Native Claims Settlement Act: Conflict and Controversy». *Polar Record*, 23 (1986), pp. 27-36.

ESCUCHANDO
LADRAR A
LOS PERROS:
HERNANDO
DE SOTO Y SU
RECETA PARA LA
AMAZONÍA

HEARING THE
BARKING DOGS:
HERNANDO DE
SOTO AND HIS
RECIPE FOR THE
AMAZON

constituyen muchas veces un desincentivo para la inversión en estas zonas, en comparación con otras zonas. De hecho, la ubicación remota de muchas aldeas jugó en contra del progreso anticipado en Alaska¹¹³ y este podría ser también el caso de la Amazonía, que hasta cierto punto comparte algunas de las restricciones geográficas y de infraestructura presentes en el Estado de Alaska.

Por último, De Soto no logra explicar la operatividad de las corporaciones nativas de la Amazonía como herramientas o colectividades. ¿Recibirán algún tipo de compensación económica, tierras, entrenamiento en gobierno corporativo o monitoreo y apoyo de agencias gubernamentales? ¿Tendrán funciones no-corporativas o programas culturales, tales como la provisión de servicios sociales y beneficios para los adultos mayores de la comunidad, como ocurrió en el modelo alaskaño?¹¹⁴ ¿Las acciones de las corporaciones nativas serán distribuidas de acuerdo a consideraciones de sangre o linaje? Si es así, ¿cómo se evitará que esto último conduzca a mayor fraccionamiento en la comunidad, como sucedió en Alaska? ¿Se entregarán acciones a las generaciones futuras (por nacer) o solo las actuales (nacidas)? Todas estas consideraciones están ausentes en la propuesta de Hernando de Soto.

Ahora bien, la verdadera lección de ANCSA es que todos estos temas fueron problemáticos precisamente porque las concepciones nativas de riqueza, identidad y estatus diferían de aquellas de las poblaciones no indígenas. De igual manera, las expectativas de los nativos respecto de las corporaciones superaron la simple administración de proyectos empresariales y capitalistas, convirtiéndose más bien en instrumentos colectivos de promoción del bienestar comunal a través de la custodia de los recursos naturales y la promoción del desarrollo económico y empleo sostenible para sus accionistas.

V. CONCLUSIONES

En este artículo sugerimos que la receta de Hernando de Soto para el desarrollo de la Amazonía es, en realidad, una falsa panacea. Él ha escogido la experiencia de los Estados Unidos con las políticas de parcelación de tierras nativas y corporaciones nativas de Alaska como las herramientas necesarias para despertar el «capital muerto» de los pueblos de la Amazonía. Sin embargo, esta elección no considera el contexto en el cual tales políticas fueron implementadas y obvia convenientemente las repercusiones negativas que estas tuvieron sobre los pueblos nativos. Así las cosas, la extrapolación de estas experiencias

113 Ver SUMMIT, Ben. Ob. cit.

114 Ver BRANSON, Douglas. «Still Square Pegs in Round Holes? A look at ANCSA Corporations, Corporate Governance, and Indeterminate Form or Operation of Legal Entities». *Alaska Law Review*, 24 (2007), pp. 203-236.

a la Amazonía no es más que otro ejemplo de *cherry picking*. En realidad, la importación de instituciones y figuras legales extranjeras solo debe ocurrir «si tanto la regla como el contexto pueden ser transferidos entre sistemas legales; [lo que es] un proceso poco probable»¹¹⁵.

Lo que es más, si De Soto hubiera seguido su propia regla planteada en EMC —escuchar los ladridos de los perros, vale decir, que los procesos de formalización tomen en cuenta el derecho informal—, se habría dado cuenta de que cualquier solución al subdesarrollo de la Amazonía debería empezar reconociendo la diversidad socioecológica y organizativa que existe entre las propias comunidades nativas y que constituye la columna vertebral de su sostenibilidad económica y resiliencia.

Para De Soto, sin embargo, tal diversidad es un vestigio de una etapa prehistórica en el desarrollo que ya no se ajusta a la economía global de mercado. En realidad, los pueblos indígenas de la Amazonía y de otros lugares han interactuado en la economía global por más de quinientos años¹¹⁶, muchas veces en sus propios términos y adaptando sus ventajas comparativas para salvaguardar su autonomía, y no necesariamente haciendo de su capital más legible y fungible, como propone De Soto. Como señala Dove en su reciente estudio sobre los pueblos marginales y los mercados globales en Borneo, lo que los pueblos indígenas requieren principalmente «son maneras de mantener sus tierras y recursos naturales, lo cual implica empoderamiento político a nivel local y mayor desarrollo de las instituciones de la sociedad civil»¹¹⁷.

Las herramientas de titulación y empresa no son suficientes por sí solas y pueden, en los hechos, conducir a la pérdida y degradación de las tierras y recursos cuando no vienen acompañadas de un respeto más amplio por los preceptos culturales, instituciones y liderazgo de los pueblos indígenas. Las primeras generaciones de las corporaciones del modelo ANCSA aprendieron a la fuerza que sin empoderamiento político a nivel local es más probable que la corporación capitalista terminara por dominarlos, afectando su cultura y consumiendo sus recursos naturales, en lugar de que sean los propios accionistas los que moldeen la corporación a su propia cultura.

Este proceso de «indigenismo corporativo», del cual habla tan elocuentemente la lideresa alaskaña Julie Kitka en el documental *El misterio del capital de los indígenas amazónicos*, sugiere lo inadecuado que

343

ESCUCHANDO
LADRAR A
LOS PERROS:
HERNANDO
DE SOTO Y SU
RECETA PARA LA
AMAZONÍAHEARING THE
BARKING DOGS:
HERNANDO DE
SOTO AND HIS
RECIPE FOR THE
AMAZON

115 CHOUDHRY, Soujit. «Migration as a New Methapor in a Comparative Constitutional Law». En CHOUDHRY, Soujit (ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 17.

116 Ver REED, Richard. *Forest Residents, Forest Managers: Indigenous Models for International Development*. Segunda edición. Boston: Allyn and Bacon, 2008.

117 Ver DOVE, Michael. *The Banana Tree at the Gate: A History of Marginal Peoples and Global Markets in Borneo*. New Haven: Yale University Press, 2011, p. 258.

resultan las políticas «uniformizadoras» u «holísticas» que propone De Soto. En esa misma línea, pone en evidencia la necesidad de respetar la voluntad de los pueblos indígenas y la diversidad biocultural que pretenden preservar. Lamentablemente, extrapolar las consideraciones de EMC a la Amazonía en nombre de «despertar» el capital natural «muerto» de los indígenas a fin de lograr su integración económica podría resultar probablemente en lo opuesto: en su desintegración social, cultural y ambiental. O, como sostiene Carol Rose, devendría en una nueva «invasión»¹¹⁸.

Recibido: 18/01/2013
Aprobado: 22/03/2013

118 Ver ROSE, Carol M. «Invasion, Innovation, Environment», p. 24.