

¿Cómo conceptualizar el Derecho Consuetudinario?

Carlos Soria*

Pretendemos discutir el concepto de Derecho consuetudinario en el caso de los pueblos indígenas amazónicos. En primer lugar, es necesario preguntarse por el tipo de sociedad que constituyen los pueblos amazónicos, pues es claro que cada sociedad es un producto histórico y por ende genera sus propias instituciones de acuerdo con sus particulares necesidades. Siguiendo a Clastres¹, la existencia del Estado, en tanto fenómeno representativo del poder político de un conglomerado social, es característica que diferencia a las sociedades primitivas respecto de aquellas que en sus procesos históricos han desarrollado un sistema más o menos complejo y articulado de instituciones y formas organizativas, sociales y políticas. El desarrollo de una sociedad con estas características exige que, en ese proceso, las formas de vida y relación intergrupales alcancen niveles claramente diferenciadores entre sus miembros, permitiendo vislumbrar a su interior una estratificación sectorial con la presencia de grupos que hacen uso directo de la representación y poder político encarnado en el Estado, que son quienes desarrollan prácticas sociales por las cuales, en tanto clase dominante, establecen su supremacía ideológica de manera hegemónica respecto de los grupos subordinados, ejerciendo a plenitud su capacidad de decisión respecto del otro segmento social convocado a cumplir y ejecutar las disposiciones emanadas del poder.

Así, las formas comunitarias de coerción y manejo social, de corporeidad unitaria, de consenso grupal, son reemplazadas y asumidas por una instancia superior, impersonal, que debido a su natu-

raleza se ubica sobre y separada del cuerpo social, que traza una línea al interior del grupo, antes heterogéneo, ahora claramente estratificado entre quienes se encuentran en ejercicio del poder con manejo del entorno social y aquellos que son objeto del control, elementos claramente diferenciados por la relación dominación-subordinación que imprime esta forma superior de control y dirección social.

Cuando hacemos referencia a los impactos provocados por el Estado en las comunidades no estratificadas, conforme a las características antes señaladas, debemos tomar como punto de partida que estos impactos tienen una clara identificación con procesos políticos, económicos e ideológicos vinculados a intereses específicos que tienen que ver con la implementación de nociones como desarrollo, nacionalismo, colonialismo, o neocolonialismo, en tanto formas concretas de relación entre entidades como niveles disímiles y diferenciados de historia, cultura y conformación social.

SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO CONSUETUDINARIO

Para Stavenhagen, lo que caracteriza al Derecho consuetudinario indígena "es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), 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. La diferencia fundamental, en-

* Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Asesor de la Comisión Revisora del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del Perú. Actualmente cursa una Maestría en Ciencias Sociales con mención en Estudios Amazónicos en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Sede Ecuador.

1. Pierre Clastres. *Investigaciones en Antropología Política*. Gedisa, Barcelona, 1981.
Society Against the State. Blacwell. 1988.

tones, sería que el Derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el Derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente operan sin referencia al Estado”.

“... la costumbre jurídica o Derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad. Por el contrario, aquí lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social (subrayado nuestro). No existe, por lo general, un aparato administrativo específico ni los especialistas profesionales encargados de elaborar y/o aplicar el Derecho. Los propios miembros de la sociedad no distinguen, con frecuencia, un ámbito específico de lo legal distinto al conjunto de costumbres y normas de comportamiento y de control social, y aún para los observadores extraños resulta a veces difícil trazar los límites de lo propiamente jurídico en estas sociedades (de ahí que, como se decía anteriormente, la antropología se haya ocupado poco del asunto, y la ciencia jurídica prácticamente lo ignore)”².

A ello habría que agregar, que un elemento distintivo del Derecho consuetudinario es el hecho de ser generado por un sujeto colectivo difuso, de ser también verificado de manera colectiva y, siendo por ello ante todo recreación. 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 la existencia unívoca de la norma, que permite al enfrentarla, conocer de manera más o menos cierta su contenido; “la ignorancia del Derecho no excusa su aplicación”, es un viejo adagio jurídico, muestra la preminencia del formalismo jurídico sobre la realidad social.

Por otro lado, el Derecho consuetudinario es parte del desarrollo social, es parte de la vida social, no está separado, su existencia se explica por ser un elemento de necesidad para la vida del grupo, sus normas tienen por objeto atender de mane-

ra directa a la subsistencia del grupo. En tal sentido, es necesario tener presente que las sociedades amazónicas, son -según Clastres³- sociedades donde no hay división interna, son sociedades sin clases, es decir, sin una división entre dominadores y dominados, sociedades donde no existe un órgano de poder decisivo en la configuración del control social y el desarrollo particular del derecho, no digamos siquiera positivista.

Según Clastres, las sociedades amazónicas son sociedades maduras, no primitivas, que rechazan la aparición de un órgano político, un órgano de poder separado de la sociedad, debiéndose ello al deseo de “conjurar la aparición en su seno de la desigualdad entre señores y sujetos, entre el jefe y la tribu”, pues ejercer el poder es dominar y, en consecuencia, ocasionar la separación entre quien domina y quien obedece. Clastres asegura que estos pueblos “saben muy bien que si renuncian a esta lucha, si cesan de contener esas fuerzas subterráneas que se llaman deseo de poder y deseo de sumisión y sin cuya liberación no se puede comprender la irrupción de la dominación y la servidumbre, perderían su libertad”. Por eso el ejercicio mismo del Derecho tiene una caracterización absolutamente distinta a la del Derecho positivista, no es posible una autoridad generadora de Derecho y dirimente, por ello es innecesaria la separación entre Derecho y vida social.

Ahora bien, esta postura de Clastres pretende explicar el desarrollo histórico de estas sociedades amazónicas, sin embargo, hoy en día la relación entre sociedad indígena y sociedad nacional o economía capitalista, determinan variaciones en el comportamiento social y en el Derecho mismo. Muestra de ello es el caso de la sociedad aguaruna tal como lo explica Ballón, quien ha comprobado:

“el cambio de las normas primarias existentes entre la población aguaruna del Chiriaco. No obstante la ruptura del aspecto más físico de la norma de sanción tradicional, ellas perviven bajo un mecanismo similar: el de compensación”.

“...[además] la sociedad aguaruna reconoce la validez de los cambios, y de hecho ha introducido uno de magnitud tal que no puede ser negado aludiendo a la simple fórmula de sostener que preexistía norma secundaria de cambio”.

2. Rodolfo Stavenhagen y otros. *Entre la ley y la costumbre*. Instituto Indigenista Americano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México. s/f. p. 29-30.

3. Pierre Clastres. *Society Against State*. Blackwell. 1988.

Esta constatación de Ballón nos muestra la apertura del Derecho consuetudinario a nuevas condiciones y la recomposición del mismo sin dejar de ser consuetudinario, lo que da paso a un análisis sobre dinamismo o estática en el Derecho consuetudinario.

Stavenhagen y Ballón⁴ coinciden en considerar al Derecho consuetudinario como fundamentalmente dinámico, impugnando desde esta característica, el papel que el Derecho occidental otorga al Derecho consuetudinario. El concepto de Derecho consuetudinario presente en Ballón, es un concepto, si bien todavía difuso, caracterizado por contener instituciones jurídicas, y por ser dinámico, esta afirmación es clave para distinguir una primera diferencia entre el concepto de Derecho consuetudinario presente en la teoría positivista y el que nosotros queremos utilizar. Como bien señala Stavenhagen:

"... Nada más erróneo que la idea simple y simplista que el Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas "ancestrales", que se han mantenido inmutables desde la época precolonial"⁵.

La afirmación del carácter dinámico del Derecho consuetudinario 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 las nuevas condiciones sociales. 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. Veamos qué dicen los positivistas como H. L. A. Hart sobre el punto.

"Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas, conocido por tal sociedad, será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de

conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligaciones; y el inverso proceso de declinación...[...] En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas..."⁶.

Este problema de la concepción estática del Derecho consuetudinario es, desde la perspectiva occidental, una limitación para la viabilidad del Derecho consuetudinario como regulador de sociedades actuales. Sucede que Hart, está pontificando tres elementos como centrales para la existencia de Derecho y, uno de ellos es la existencia de normas de cambio, normas que él califica de nivel secundario por oposición a las normas primarias que reconoce existen en las sociedades "simples". Según él, estas normas de cambio no existen y por ello no hay "manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas [normas]".

En nuestra opinión, éste es un planteamiento erróneo, pues este tipo de norma es necesario en un sistema positivista donde resulta indispensable conocer con certeza la vigencia o no de una norma y, donde la forma de creación de ella, para que sea reconocida como tal por el conjunto social, es una sola. Esto puede estar justificado por la seguridad jurídica; sin embargo, la vigencia formal de la norma no garantiza su aplicación por los destinatarios de ella, salvo casos excepcionales, como cuando una norma otorga beneficios. Pero es posible, y de hecho se da -el sector informal es una prueba de ello-, que un conjunto de normas no sea reconocido como útil a los intereses de los destinatarios y, por tanto, no sea aplicable por sobre éstos, mientras que en una sociedad con Derecho consuetudinario es el conjunto social o las partes involucradas en la disputa las que toman la norma existente y la **recrean** aplicándola al caso. En caso de no existir norma, serán las partes en disputa y el grupo social quienes establezcan cuál es el camino a seguir para generar la norma.

4. "Asumo, para efectos de este estudio, una idea amplia de Derecho consuetudinario, la cual abarca las instituciones, las normas, las sanciones, en permanente cambio y dinámica, es decir, una idea distinta a la del Derecho común en la familia anglosajona (no obstante poder contar con algunas similitudes). Pues bien, esta perspectiva amplia contrasta con el tratamiento que en el interior de un Estado reciben los casos de Derecho consuetudinario los que son arrinconados en un espacio reducidísimo (cuando no inexistente) de tolerancia legislativa por excepción".

"...Desde una perspectiva dominante, el Derecho oficial se autorreconoce como el único Derecho existente y puede generosamente validar algún aspecto del consuetudinario o más frecuentemente negarlo. Visto así, lo consuetudinario es un pequeño anaquel de un esquema mayor, de una concepción completa y general del Derecho: positivista, jusnatural o marxista".

Francisco Ballón Aguirre. Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo. En: Rodolfo Stavenhagen y otros. Ob. cit., p. 349.

5. Rodolfo Stavenhagen. Ob. cit., p. 34.

6. H. L. A. Hart. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Bs. As., 1977. p. 116.

En el caso de los aguaruna de la selva central peruana, el adulterio era castigado con tres marcas de machete sobre la nariz, hoy esa norma no está más vigente. ¿Cómo fue el proceso de cambio? Claro que no fue inmediato, violento, fue fruto de la interacción del grupo aguaruna con otros actores sociales, con la economía de mercado, etc.; sí, pero no sucede acaso que la norma positiva se "va generando también en un proceso más o menos lento" de pre-proyectos, proyectos, consultas -incluso, en las sociedades democráticas se dan consultas a las partes involucradas-, etc. Claro que es posible que una norma jurídica sea dada de manera inmediata, es decir, el Presidente decide dar una norma y sólo consulta con su ministro para que le otorgue la refrendación correspondiente; sí, pero eso no es necesariamente el común denominador. Luego de esta amplia argumentación podemos afirmar, además, que son sistemas jurídicos distintos, pues una institución jurídica, social, política, sólo tiene sentido en la medida en que se adapta a las necesidades de la realidad particular en la que se encuentra inmersa, de modo que un "postulado universal", fruto de una situación particular, difícilmente es universal, como no es universal la monogamia, uno de los pilares de la familia occidental y cristiana.

LA VIABILIDAD DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

Aquí hay dos puntos que señalar: el nivel de complejidad social al cual es aplicable el Derecho consuetudinario y, si éste en tal condición puede ser reconocido como sistema jurídico. En primer lugar y, desde una posición intuitiva como la de Hart⁷ parece ser cierto que el nivel de complejidad social al que resulta aplicable el Derecho consuetudinario, puede ser limitado en cuanto a volumen poblacional y a espacio geográfico, pero no nos olvidemos que las normas del Derecho positivo no son las mismas en toda una provincia, no digamos un país, y no por ello el sistema jurídico positivo desaparece ni está en crisis. Sin embargo, en relación con la segunda afirmación, la rechazamos, pues en el mejor estilo de un postulado cientificista pretende universalizar unos elementos, unas pautas, unas condiciones que no sólo son fruto de un momento histórico, como ya dijimos, sino expresión de un sistema político, que es el estatal. Esto es evidente y se halla explicitado por Joseph Raz, quien nos dice:

"Los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales autárquicas; son un aspecto o una dimensión de algún sistema político. Este hecho atañe a la delimitación temporal de los sistemas jurídicos continuos [...]. Los criterios jurídicos autónomos son aquellos que derivan del contenido de las disposiciones jurídicas, de sus interrelaciones y de su eficacia. Confiar en ellos, presupone que no sólo el funcionamiento interno, sino, también, los límites precisos del derecho pueden ser fijados sólo sobre la base de consideraciones específicamente jurídicas. Sin embargo, el Derecho es un aspecto de un sistema político, ya sea un estado, una iglesia, una tribu nómada o cualquier otro; tanto su existencia como su identidad se encuentran vinculados con la existencia o identidad del sistema político del cual es parte".⁸

Más aún, Pierre Clastres muestra cómo las sociedades indígenas amazónicas tienen una concepción de lo político, distinta de aquel modelo forjado y desarrollado por occidente⁹. Poder, el de occidente, que va ineludiblemente ligado al concepto de Estado, el mismo que no puede actuar sin un sistema jurídico que lo respalde. Estado y Derecho son los dos elementos claves del desarrollo de la sociedad occidental¹⁰, el positivismo es la expresión más acabada de ello. Clastres señala que 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 -dice Clastres- 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**". Esto mismo sucede con el Derecho consuetudinario, no por una

7. "Es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales. [...] las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta" H. L. A. Hart. Ob. cit., p. 114.

8. Joseph Raz. *El Concepto de Sistema Jurídico*. UNAM. México, 1986. p. 253.

9. Pierre Clastres. *Investigaciones en Antropología Política*. Gedisa, Barcelona. p. 112.

10. Marcial Rubio Correa. *Introducción al Sistema Jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1984.

relación analógica sino porque la negación del Derecho del dominado legitima el accionar del dominador.

CONCLUSION

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

En consecuencia, es necesario evaluar las posibilidades de desarrollo y compatibilizar entre Derecho occidental y Derecho consuetudinario. Es decir, mientras por un lado es necesario que el Derecho occidental reconozca los derechos indígenas sobre el territorio y garantice su consolidación frente a las amenazas de los intereses mineros, forestales y petroleros, también es necesario reconocer un espacio de acción al derecho consuetudinario indígena como elemento que permita mantener la identidad cultural de los pueblos amazónicos.

Bibliografía

Francisco Ballón Aguirre. "Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo". En: Rodolfo Stavenhagen

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

Pierre Clastres. *Investigaciones en Antropología Política*. Gedisa. Barcelona, 1981.

Pierre Clastres. *Society Against State*. Blacwell, 1988.

William Denevan. "La población aborigen de la amazonía en 1492". En: *Amazonía Peruana*, vol III. Nº 5.

Philippe Descola. *La Selva Culta*. Abya Yala. Quito, 1989.

Marvin Harris. *Culture, People, Nature*. Crowell. Nueva York, 1975.

H.L.A. Hart. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1977.

Sally Falk Moore. "Law and Social Change: the semi autonomous social field as an appropriate subject of study". En: *Law and Society Review*, verano 1973.

Joseph Raz. *El Concepto de Sistema Jurídico*. UNAM. México, 1986.

Rodolfo Stavenhagen, otros. *Entre la Ley y la Costumbre*. Instituto Indigenista Americano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, s/f.

Norman E. Whitten, Jr. "Hacia la Conceptualización del Poder en la Amazonía Ecuatoriana". En: *Relaciones Interétnicas y Adaptación Cultural*. Mundo Shuar. Quito, 1984.