

II Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia, 1995.

Algunas Consideraciones sobre Antropología y el Derecho.

Milka Castro Lucic.

Cita:

Milka Castro Lucic. (1995). *Algunas Consideraciones sobre Antropología y el Derecho. II Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/ii.congreso.chileno.de.antropologia/30>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/e7nO/m7w>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE ANTROPOLOGÍA Y EL DERECHO^[106]

Milka Castro Lucic^[107]

INTRODUCCIÓN

Al lanzarse los pueblos indígenas en un peregrinaje decidido en la búsqueda de poder e identidad, ante un Estado interlocutor más habituado a las diferencias que a las similitudes, se abre un camino entre la antropología y el derecho, y más específicamente entre una antropología que ha venido a llamarse jurídica y los derechos indígenas. Valga reconocer que en el camino recorrido por la antropología, los códigos legales de los pueblos indígenas han estado más bien fuera del foco de su atención, aunque la mayoría de los fundadores de la antropología, eran juristas de formación.

Una de las dificultades con que tropezará esta línea es el tener que utilizar conceptos que provienen de la tradición jurídica romana y del derecho positivo, precisamente por la escasa atención otorgada al estudio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas llegando incluso a la negación de las contradicciones entre aquél y el derecho positivo. La incapacidad de entender los sistemas indígenas de derecho, puede ser una de las causas que ha llevado a suponer que estas poblaciones no observan normas e instituciones jurídicas propias. Este trabajo abordará lo jurídico en la historia de la antropología; luego se analizará el concepto derecho consuetudinario, y, finalmente, la posición de este problema frente a la disputa por recursos naturales en el norte del país.

SOBRE LA HISTORIA DE UNA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA.

Todas las culturas deben contar con disposiciones institucionales para resolver conflictos de intereses de un modo ordenado e impedir que desemboquen en confrontaciones perturbadoras. En sociedades donde no existen especialistas ni medios para hacer cumplir la ley, es la misma organización social la que sustenta el orden, particularmente cuando las aldeas son pequeñas, y donde los grupos domésticos y el parentesco tienen una importancia central en la resolución de conflictos; pero también influye el que el acceso a la tecnología y los recursos no presente mayores desigualdades. El tamaño reducido supone que todos se conocen, y que los individuos perturbadores pueden ser identificados fácilmente por el grupo (Harris, 1983:294).

Entre los investigadores que jugaron un papel estratégico en los inicios del estudio del derecho comparado destacan Maurer, Bachoffen, Seeböhm, Maine y Kovalevski, a quienes se les reconoce además como fundadores de la antropología (Palerm, 1981). De igual forma, cuando Malinowski escribe su obra *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje* (1926), señala que el derecho primitivo estaba recibiendo escasa y poco satisfactoria atención, en comparación al auge que había experimentado a fines del siglo XIX, con Bachoffen, Post, Bernhöft, Köhler y otros, los que, sin embargo, encontraron muchas dificultades porque tuvieron que valerse de etnógrafos aficionados. Por otra parte, Malinowski se consideraba a sí mismo un destructor de las teorías de Morgan, Bachoffen, Engels y Rivers, quienes sostenían que el hombre primitivo consideraba la ley como de naturaleza puramente reguladora, ya que su puesta en práctica era por medio del castigo a los transgresores. *Crimen y Costumbre* constituye un "argumento contra la idea de que la ley nace sólo cuando las clases sociales se elevan para construir un mecanismo coercitivo llamado Estado" (Horowitz, 1961:35)

[106] Este trabajo es parte del Proyecto de Investigación FONDECYT 1950345, *Vegas, Bofedales y Pastoreo en el área andina de la II Región*.

[107] Departamento de Antropología. Universidad de Chile.

En Europa se atribuye el inicio de los estudios del derecho consuetudinario -durante el siglo XIX-, a la resistencia a perder el "*prodigioso panorama de la diversidad cultural*" amenazado por los intentos de universalizar el derecho civil abstracto, mediante la imposición del Código Napoleónico que chocaba con las costumbres campesinas (Palerm, op.cit.). Lucy Maier (1970), junto con atribuir al jurista Maine la paternidad de la antropología, destaca su interés, primordialmente, en el desarrollo de las normas jurídicas. Pero como señala Hoebel, fue Malinowski quien "*insufló vida a esa moribunda -aún antes de nacer- jurisprudencia antropológica... añadió impulso a la doctrina de que la ley es conducta social y no abstracción lógica*" (En Horowitz, op.cit.).

Para Malinowski (1966:14), el conocimiento de las fuerzas que crean el orden, la uniformidad, y la cohesión de una tribu "*deberían ser el fundamento de las teorías antropológicas de la organización primitiva*"... "*los bestiales usos de los paganos son más producto de firmes leyes y estrictas tradiciones debidas a las necesidades biológicas, mentales y sociales de la naturaleza humana que el resultado de pasiones sin freno y excesos desordenados. La ley y el orden animan las costumbres tribales de las razas primitivas, gobiernan el monótono curso de la existencia diaria y los principales actos de la vida pública, tanto si estos son divertidos y sensacionales como si son importantes y serios*". Este autor se propone atacar la concepción de la ley que descansa en el hecho y el principio de coerción; para ello utiliza el ejemplo de los trobriandeses donde la ley se basaba más en el acuerdo. En opinión de Horowitz, para quien las prácticas legales de la sociedad primitiva no constituyen en sí mismas una teoría de la ley, Malinowski "*trata de investigar el tema de la jurisprudencia primitiva de manera que la ley pueda ser definida como una serie de obligaciones recíprocamente convenidas, en tanto las sanciones legales son definidas, a su vez, en función del principio de reciprocidad y paridad*" (1961:34). Uno de los reconocidos aportes de Malinowski se refiere a las presiones sociales; se trata de una nueva idea: es la "*reciprocidad como sanción del comportamiento social*", -interdependencia especialmente visible en Trobriand donde toda persona dependía de alguna manera económicamente de la cooperación de alguien más-, lo que constriñe a los hombres a cumplir sus obligaciones y no el castigo (Maier, op.cit).

Lo que resta por tanto es establecer una distinción entre normas legales y no legales. Pero, al respecto, Radcliffe-Brown estaba más preocupado de clasificar las formas de sanción en tanto fuerzas sociales que mantienen las normas, que en clasificar las normas (1972). La tarea será entonces identificar y responder qué normas pueden llamarse leyes, y qué procedimientos pueden llamarse legales. Maier (op.cit.:174), sostiene que "*no se pueden agrupar bajo el encabezamiento de una ley -como lo hiciera Malinowski-, todas las normas que tengan seria importancia para el mantenimiento de la cooperación social*"; en tanto que para Radcliffe-Brown (op.cit.) el término ley está confinado al control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza de una sociedad políticamente organizada, y el campo del Derecho es semejante al de las "*sanciones legales organizadas*"^[108]. Y agrega que sólo cuando la sanción es impuesta por una autoridad militar, política o eclesiástica constituida, es legal. En síntesis, del debate entre Malinowski -quien postulaba que todas las sociedades, incluyendo las primitivas, tenían derecho-, y Radcliffe-Brown -quien sostenía que las sociedades sin gobierno centralizado, no tenían derecho, sólo costumbres-, se desprenden tanto dos definiciones del derecho, como dos métodos para estudiar los órdenes de las sociedades "primitivas" (Collier, 1995). Collier sitúa el debate en un contexto donde existían necesidades prácticas de los administradores coloniales quienes debían aplicar la política de un "gobierno indirecto", para lo cual se requería poner en vigor algunas costumbres y suprimir otras. Después de la Segunda guerra mundial, aquel debate llega a ser irrelevante, toda vez que los nuevos Estados quisieron crear su propia ley (ibid.).

Una de las mayores dificultades para avanzar en el estudio del derecho de las sociedades ágrafas ha provenido de la tendencia a distinguirlo del derecho codificado, pretendiendo establecer un concepto de derecho a base de las características especiales del derecho de la civilización occidental (Hoebel,

[108] Radcliffe-Brown clasifica "las formas de sanción en "positivas", indicando la aprobación de la sociedad en general, y "negativas", indicando su desaprobación. Estas últimas pueden dividirse en sanciones "difusas" y "organizadas". Las sanciones "difusas" son aquéllas a las que podríamos llamar expresiones de la opinión pública: los comentarios espontáneos o las miradas, atravesadas o de otro tipo, con los que puede acogerse una acción determinada" (Maier, op.cit.:174)

1946, en Herskovits, 1964)^[109]. Ante la pregunta de dónde acaba la costumbre y comienza el derecho, Hoebel sostiene que *"una norma social es jurídica si su omisión o infracción acarrea la aplicación como amenaza o de hecho, de la fuerza absoluta coercitiva, ejercida por una unidad social que posee el privilegio, socialmente reconocido, de obrar así"* (ibid); aquellas normas que son estatuidas por una autoridad superior, corresponderían al ámbito de las leyes (Maier, op.cit.).

Otro debate tuvo lugar, en la década de los cincuenta, en la antropología jurídica angloamericana, entre Max Gluckman -interesado en el "proceso judicial"-, y Paul Bohannan -quien también estaba interesado en comprender cómo los jueces tomaban las decisiones. Mientras el primero, sostuvo que los jueces barotses, en Rodesia del Norte, recurrían a los mismos procedimientos que los jueces estadounidenses, el segundo tras estudiar a los tiv de Nigeria sostuvo que acá los jueces razonaban basándose en conceptos propios de su cultura (Collier, op.cit.).

En los años sesenta, un nuevo enfoque en la antropología jurídica en los Estados Unidos propuesto por Laura Nader, cambia nuevamente el eje; su interés se centró en comparar formas de manejar disputas. No interesaba recabar casos de conflicto, ni descubrir normas prevalecientes, perseguía registrar *"instancias de agravio (que podían ser sentidas tan sólo por un individuo) para así descubrir cómo los ofendidos buscaban compensación"... "Nader observó que la mayoría de los grupos sociales ofrecen a los individuos una gama de alternativas para el manejo de los agravios, que van desde evitar la confrontación o intentar la persuasión mutua para resolverla, pasando por formas de mediación, arbitrio y adjudicación"* (Collier, ibid.:51).

Actualmente, se observa una tendencia a estudiar las relaciones entre el poder y la historia, y los sistemas jurídicos; ha cobrado importancia la teoría del conflicto, se supone que *"los procesos jurídicos y las instituciones beneficián más a unos que a otros...las instituciones jurídicas ayudan a las élites para mantener sus posiciones dominantes...las normas y leyes (se ven) como reflejo de la ideología de las clases gobernantes"* (loc.cit.). Collier sostiene que este planteamiento requiere cambios en la metodología, el derecho visto como mecanismo de dominación, no puede ser estudiado *"al margen de otros mecanismos de dominación (en la economía, la familia, la vida política o el sistema religioso)"* (ibid: 62). La autora agrega otra perspectiva interesante, se refiere a cómo el resurgimiento de la etnicidad de ciertos grupos está siendo estimulado por los procesos políticos y económicos actuales, y cómo las normas y procesos jurídicos construyen identidades. Tal como ocurrió en África, en los años sesenta después de la descolonización cuando se produce *"una exacerbación de las identidades étnicas en los nuevos estados"...(aún cuando)... "los rasgos culturales no provenían únicamente de una elaboración autónoma"* (Carneiro, 1990:302), en Chile se está viviendo un proceso semejante. Con posterioridad a la promulgación de la Ley Indígena, externamente constreñidos a formar grupos étnicos de contraste al producirse una valoración jurídica de "lo indígena", en algunas regiones del país ciertos grupos étnicos que se pensaban extinguidos hoy han reflatado su identidad aún cuando su cultura se encuentra francamente mutilada.

HACIA UN ESTUDIO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA SOCIEDAD ANDINA.

Actualmente, el derecho consuetudinario ha pasado a ocupar un lugar importante en las investigaciones y se encuentra en el centro del debate. En opinión de Stavenhagen, este derecho en tanto parte integral de la estructura social y cultural de un pueblo, constituye junto con la lengua un elemento básico de su identidad (1990). Aunque para algunos puede ser entendido como un lugar de resolución de conflictos con una concepción diferente a la del derecho positivo, representa, para otros, un concepto colonialista, en oposición al derecho indígena que existiría al margen de que lo reconozca o no el Estado (Gómez, 1993). En aquél sentido, algunas organizaciones habrían rechazado el término porque no daría cuenta de la vigencia de un cuerpo de derecho con su propia legislación y por la carga

[109] El marco teórico y metodológico de Hoebel pretendía comparar empíricamente los postulados jurídicos de todos los pueblos; sus estudio comparado es inscribe en un contexto histórico en el que se esperaba que la paz mundial se lograra a través del derecho, si se establecía un código internacional (Collier, op.cit.).

peyorativa vinculada al mismo (Williamsen 1987, Pacari 1992, en Sierra, 1993). El término no posee una aceptación universal. En su lugar se han aplicado indistintamente los de costumbre jurídica, costumbre legal, o sistema jurídico alternativo (Stavenhagen, op.cit).

En tanto se encuentra subordinado a la legislación dominante, sus normas y reglas no se encuentran aisladas del derecho nacional, ni constituyen una esfera autónoma de la sociedad, pero tampoco se vinculan al poder estatal; más aún, "*los elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de la ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos*" (Stavenhagen op.cit.:35). Esta situación ha llevado a sostener que "*el derecho consuetudinario indígena sería la forma en que los indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera*" (Iturralde, en Stavenhagen, loc.cit.). Al respecto resulta interesante destacar que los documentos etnohistóricos constituyen fuentes de constatación de antiguas prácticas indígenas sobre el "*uso de los recursos legales para disputar y defender sus derechos, muestran por tanto cómo aún los procesos de despojo y resistencia, han sido tratados en el ámbito de la legalidad*" (Iturralde, 1990:49). Este corpus de reglas entonces es un producto siempre renovado, por lo que lo más importante de aquél derecho debería ser el respetar la autoridad para elaborar tales reglas (Carneiro, op.cit).

DERECHOS, RECURSOS Y TERRITORIALIDAD.

Al momento de referirnos al caso de conflictos por recursos en el área andina, lo hacemos desde el estudio de las relaciones de poder y sistemas jurídicos.

Los problemas derivados de la pérdida del control territorial que sufrieron los grupos étnicos que habitaban América Latina, si bien comenzaron con la conquista han persistido hasta hoy, aunque bajo otros mecanismos. El análisis de esta situación que, por cierto, no está al margen de un análisis de la relación grupos étnicos, Estado nacional y globalización neoliberal, ha experimentado un resurgimiento, y con ello la temática del derecho consuetudinario. Entre algunos grandes temas que abarca se incluye el derecho a la tierra que, aunque tradicionalmente ha estado bajo un control comunal, riñe no sólo con la privatización sino también con la propiedad del Estado, que reclama para sí algunas zonas bajo formas de terrenos fiscales (Stavenhagen, 1990). La reorganización territorial es un tema pendiente en América Latina, y más bien hace temer por la tendencia predominante de pretender contrarrestar todo reclamo por territorio llegando incluso a revertir el "*sustrato primario de la territorialidad: el status quo comunal*" (Díaz-Polanco, 1990:231).

El caso al que haremos referencia es el de los agricultores y pastores de las montañas andinas del norte de Chile. Para esta población el encuentro con la sociedad dominante, hace aproximadamente quinientos años, significó que, junto con no reconocer las prácticas de control, tenencia y complementariedad de los recursos productivos, se inicia un socavamiento de su base económica. Más tarde, en 1879, cuando este territorio pasa a formar parte del Estado chileno se ignoran las formas comunales de tenencia, debiendo cada campesino inscribir individualmente su propiedad habitacional y agrícola, quedando la jurisdicción indígena reducida a estos terrenos; el área circundante utilizada en la recolección de leña y pastoreo ocasional pasó a constituir propiedad fiscal. La territorialidad étnica queda así reducida al espacio inscrito legalmente. El núcleo indígena ha demostrado ser resistente a estas políticas, toda vez que en la actualidad, en conformidad a la nueva legislación indígena, ha sido posible reconocer en estos espacios la propiedad comunal.

Las implicancias de la aspiración territorial es más compleja en el caso de las poblaciones de pastores de altura. Los circuitos trahumánticos que involucran las prácticas de pastoreo estarían demarcando extensos territorios que deberían pasar a ser propiedad de las familias o la comunidad que los usa ancestralmente, pero ello significaría que prácticamente toda el área norte del país sobre los 3.000 m., que es además un área estratégica geopolítica, tendría que ser propiedad indígena, asunto que está por resolverse.

El panorama se complejiza por las tremendas presiones que ejerce el sector privado empresarial minero, por mayores facilidades para la explotación especialmente en lo que a derechos de agua se refiere. El actual Código de Aguas determina que la sola posesión de un derecho de agua, transforma a este recurso en un bien transable en el mercado (Castro Lucic, 1995). Lo que queda pendiente entonces es abrir la discusión para resolver la contradicción que se observa entre una legislación en favor de los indígenas, y otras que fortalecen la política neoliberal de mercado.

Lo que se ha pretendido con este trabajo es llamar la atención hacia el hecho de que lo que está en juego es el reconocimiento o no de los derechos de los pueblos andinos sobre sus recursos y su cultura, en un escenario que tiene lugar la confrontación de dos formas de derecho, y donde uno deberá subordinarse al otro. Las preguntas que nos surgen tienen que ver con los efectos del proceso de expropiación de los recursos de los grupos étnicos subordinados a la sociedad nacional, sobre su identidad, y la organización social, política y cultural. De igual importancia nos resultará conocer las transacciones entre la costumbre y la ley, esto es la adhesión al derecho positivo -por la incorporación al mercado del agua; la recurrencia a autoridades externas para apoyar la defensa de una costumbre; o la incorporación a la estructura de poder, en cargos públicos arriesgando su independencia, y de ese modo la libertad de opinión y representatividad de su grupo étnico.

BIBLIOGRAFÍA

- Carneiro da Cunha, M., 1990. "El concepto de derecho consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva Constitución de Brasil", en *Entre la ley y la costumbre*. Eds. R. Stavenhagen y D. Iturralde, Instituto Indigenista Interamericano, México. pp 299-314.
- Castro Lucic, M., 1995 "Derecho consuetudinario y cultura en las montañas andinas del norte de Chile: Conflictos por el agua", *Actas Simposio Comisión Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal*, Ghana.
- Collier, J., 1995, "Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica", en *Pueblos indígenas ante el derecho*. Coords. V. Chenaut y M. T. Sierra, CIESAS, México. pp 45-78.
- Gómez, M., 1993, "Hacia una definición del espacio consuetudinario en el medio indígena y sus posibilidades de ejercicio en el marco de la nueva legalidad", en *Nueva Antropología*, Vol. XIII, Número.44. pp 9-16
- Harris, M., 1983. *Antropología Cultural*, Alianza Editorial, Madrid
- Herskovits, M., 1964, *El hombre y sus obras*. FCE. México
- Horowitz, I., 1961, "Crimen y cultura: observaciones sobre la teoría funcionalista de B. Malinowski", en *Sexo y represión en la sociedad primitiva*. Editorial Nueva Visión, Argentina, pp 7-37.
- Iturralde, D., 1990, "Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley", en *Entre la ley y la costumbre*. Eds. R. STAVENHAGEN y D. ITURRALDE, Instituto Indigenista Interamericano, México. pp 47-64
- Maier, L. 1970, *Introducción a la antropología social*. Editorial Alianza, Madrid.
- Malinowski 1966. *Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje*, Editorial Ariel, Barcelona.
- Palerm, 1981, *Antropología y marxismo*. Editorial Nueva Imagen, México.

Radcliffe-Brown, A.R., 1972, *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Editorial Península, Barcelona.

Sierra, M. T. 1993, "Usos y desusos del derecho consuetudinario indígena", en *Nueva Antropología*, Vol. XIII, Núm. 44. pp 17-26

Stavenhagen, 1990, "Derecho consuetudinario indígena en América Latina", en *Entre la ley y la costumbre*. Eds. R. Stavenhagen y D. Iturralde, Instituto Indigenista Interamericano, México. pp 27-46.