

Global Jurist

Topics

Volume 8, Issue 1

2008

Article 4

Las Oscilaciones de la Propiedad Colectiva en las Constituciones Andinas

Rodrigo Míguez Núñez*

*University of Turin, rodrigo.miguez@unito.it

Recommended Citation

Rodrigo Míguez Núñez (2008) "Las Oscilaciones de la Propiedad Colectiva en las Constituciones Andinas," *Global Jurist*: Vol. 8: Iss. 1 (Topics), Article 4.

Available at: <http://www.bepress.com/gj/vol8/iss1/art4>

Copyright ©2008 The Berkeley Electronic Press. All rights reserved.

Las Oscilaciones de la Propiedad Colectiva en las Constituciones Andinas*

Rodrigo Míguez Núñez

Abstract

La Revolución independentista en América Latina significó la incursión del Estado Republicano y la consiguiente proclamación de un nuevo orden. Pero de modo diverso al acontecimiento europeo, la Revolución no tiene como origen la lucha entre la burguesía comerciante y la nobleza propietaria de las tierras, sino un ideal romántico, libertario y nacionalista. La idea de una propiedad individual, libre y abstracta se coloca, por lo tanto, en las raíces del programa de las primeras manifestaciones del nuevo escenario político, adquiriendo una relevancia constitucional, según las formulaciones ya realizadas en Francia y en los Estados Unidos. El presente estudio pretende ilustrar, en un primer enfoque general y sucinto, las oscilaciones ideológicas y normativas de la propiedad colectiva a la luz de los textos constitucionales de cuatro países de la zona andina: Argentina, Bolivia, Chile y Perú. Se trata del análisis del proceso de reconocimiento de la propiedad colectiva, fenómeno jurídico e histórico, pero sobretudo antropológico, reflejo de los valores de una civilización agraria. Dicha forma de propiedad permanece históricamente escondida, aislada y fuera de la teoría jus- política oficial no obstante su evidente cualidad reflexiva de la realidad social andina. La reducción del instituto propietario a una concepción simple e individual establecida por las primeras cartas constitucionales, hace del instituto un producto pobre, fruto de una ideología ya superada. El fenómeno del colectivismo propietario pertenece a la América colonial pero aún con mayor intensidad a aquella indígena colocándose en las raíces del derecho vivo. La tarea del jurista andino es enorme, se trata de recorrer vía ya transitada por el antropólogo, por el sociólogo y por el historiador, insertando estas formas de apropiación en su programa. En el camino sabrá enriquecerse si es capaz de comprender que el fenómeno de la propiedad no permanece nunca aislado en el nicho del derecho estatal, ni encerrado en el formalismo del discurso jurídico. Esperamos en las siguientes líneas contribuir a la iniciativa.

KEYWORDS: propiedad colectiva, derecho indígena, pluralismo, constitución

*Doctorando en Derecho por la Universidad de Turín. Becario Programa doctoral en Culturas Jurídicas Europeas Marie Curie Early Stage Training. El texto corresponde a la traducción del original italiano "Le Oscillazione della Proprietà Collettiva nelle Costituzioni Andine" presentado con ocasión del Primer Encuentro de Estudios Doctorales del Programa de Doctorado en Historia, Sociología, Antropología y Filosofía de las Culturas Jurídicas Europeas, Ecole Française de Roma, 18/10/2007.

“Comuneros, temedle más a la ley y al juez
que a la enfermedad y a la peste;
cuando viene éstas, mueren comuneros;
pero cuando viene la ley y el juez,
muere la comunidad”
(Ciro Alegria)

Parte I: *La propiedad colectiva en las constituciones del siglo XIX*

1.- *Ideología*

Desde mediados del siglo XVIII Europa es testigo de una fuerte actividad estatal dirigida a establecer un nuevo orden sobre la propiedad inmueble¹. Se trata del

¹ En Francia, la Declaración de los derechos del hombre de 1789 definió el derecho de propiedad como “inviolable y sagrado” (art. 17); un decreto de 15 marzo de 1790 abolió el régimen feudal, otro de 10 junio de 1793 autorizó la división de las tierras comunes en partes iguales; la Declaración de 24 junio de 1793 incluyó a la propiedad, junto con la libertad y la igualdad, en la categoría de los “derechos naturales e imprescriptibles” (art. 1 y 2) definiéndola como “el derecho, que pertenece a todo ciudadano, de gozar y disponer según su voluntad sus propios bienes” (art. 16). La subjetivización del derecho es perfeccionada y plasmada por Portalis en el artículo 544 del Código Civil, que consagra la propiedad como el derecho que confiere la facultad de gozar y disponer de la manera más absoluta (Sobre las distintas iniciativas y ofensivas legislativas contra la propiedad colectiva en Francia véase VIVIER, Nadine: *Propriété collective et identité communale. Les Biens Communaux en France 1750-1914*, Publications de la Sorbone, Paris, 1998. Garnaud dedica todo un capítulo a la subdivisión de los bienes comunales. Cfr. GARNAUD, Marcel: *Histoire Générale du Droit privé français (de 1879 à 1804). La Révolution et la propriété foncière*, Sirey, Paris, 1959, p. 153 y ss. Para referencias historiográficas cfr. BLOCH, Marc: *La lutte pour l'individualisme agrarie dans la France du XVIII siècle, Annales d'histoire économique et sociale* (1930), trad. It. Danillo Zardin, *La fine della comunità e la nascita dell'individualismo agrario nella Francia del XVIII secolo*, Jaca Book, Milano, 1978). En España, bajo el reinado de Carlos IV, pero sobretudo con José I, las Cortes de Cádiz comienzan a dictar normativas dirigidas a abolir la propiedad feudal e instaurar la propiedad individual: el decreto de 6 agosto de 1811 suprime la jurisdicción y los derechos señoriales de monopolio; el de 4 de marzo de 1813 impone la reducción a propiedades particulares de los terrenos comunales; otro de 8 de junio de 1813 regula el cerramiento y delimitación de los fundos y la libertad de arrendar; mientras que el de 13 de septiembre de 1813 trata de la alienación eclesiástica. Finalmente, una ley general sobre la alienación civil y eclesiástica, de 1º de mayo de 1855, viene a reglamentar toda la materia (Para un estudio de esta legislación, véase DE LOS MOZOS, José Luis: *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 64-68; DE LA HERA, Alberto: *Precedentes ilustrados del proceso desvinculador y desamortizador de bienes de manos muertas*, en *El Proceso Desvinculador y Desamortizador de Bienes Eclesiásticos y Comunales en la América Española, Siglos XVIII y XIX*, Hans-Jürgen Prién y Rosa María Martínez de Codes (coord.), AHILA, Cuadernos de Historia Latinoamericana, n° 7, 1999, p. 77 ss.) En la Italia pre-unitaria es en Sicilia donde la manifestación europea liberal llega con más fuerza: el Virrey dicta normas a fin de fraccionar y censar las tierras comunes de las comunidades y pueblos mediante el decreto XXIV de *administracione universitatum*. Más tarde José Bonaparte, establecido como Rey de las dos Sicilias, emite la ley de 2 de agosto de 1806 proclamando en su art. 1 que “La

triunfo de una doctrina individualista-liberal, sostenida por el nuevo programa político, portador de las ideas fisiocráticas y de la ilustración; se trata de la afirmación de una visión antropocéntrica según la cual el derecho no es más que sombra de la proyección misma de la personalidad; se trata del triunfo de una propiedad inmobiliaria que, individual y libre, se establece en el centro del ordenamiento al fin de incentivar la producción agraria, única fuente de riqueza; en fin, se ha tratado, de la inauguración del individualismo posesivo², sinónimo de la llamada propiedad “moderna”, formulación simple y abstracta³ pensada a partir y en función del individuo, en plena armonía con la doctrina de los iusnaturalistas y de los pensadores ilustrados⁴.

El nuevo programa es simple, es necesario reivindicar el individualismo, único motor de progreso. Las formas de propiedad colectivas representan a lo menos “anomalías” y es preciso reducir el ejercicio de los derechos que de ellas derivan, incentivando la subdivisión del territorio a través de un poderoso artefacto estatal: la Ley. Desde entonces, producción copiosa del Estado, fuente monista del derecho, Ley expresión única y auténtica de la voluntad del Soberano como fuente primaria y dominante del derecho y de su evolución. Ella será el instrumento utilizado para eliminar toda forma de apropiación arraigada en las

feudalidad con todas sus atribuciones, queda abolida”. La repartición de los bienes públicos comunes es ordenada por la ley de 1 de septiembre de 1806 que expresa: “Los dominios públicos de cualquier naturaleza, feudales o de la iglesia, comunales o heterogéneos, serán repartidos con la finalidad de ser poseídos por aquellos a quienes les corresponda”. El proceso se concluye con el decreto del 8 de junio de 1807 sobre la repartición de los bienes y terrenos de dominio público. Por su parte, con fecha 6 de julio de 1816, Pio VII abolió todos los derechos feudales en el Estado Pontificio (Para un estudio profundizado sobre esta legislación véase: CORTESE, Ennio: *Domini Collettivi*, en *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 914 ss). En Inglaterra las cosas no suceden de manera distinta, el Parlamento en los años 1801, 1836, 1840 y 1845, emite una serie de leyes que imponen la clausura de los fundos (*Public General Enclosure Acts*). En Alemania desde 1775 comienzan a dictarse leyes de repartición de los terrenos comunes. (Para un estudio de los distintos ataques liberales contra las propiedades colectivas en Europa y en Sudamérica véase DEMELAS, Marie-Danielle y VIVIER, Nadine: *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914) Europe occidentale et Amérique latine*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2003).

² MACPHERSON, C.B.: *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke.*, trad. it de S. Borutti, Milano, 1973.

³ Sobre estos caracteres véase GROSSI, Paolo: *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, en *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 651 ss.

⁴ Cfr. ASCHERI, Mario: *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 232. Sobre esta alianza en la codificación moderna véase: WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2., neubearbeitete Auflage*; Gottingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967, trad. it. de Umberto Santarelli y Sandro Fusco, *Storia del diritto privato moderno*, I, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 493 ss.

costumbres de los pueblos en cuanto diversa a la concepción establecida por la cultura jurídica oficial.

Es este el escenario luego de la implantación de la nueva dirección jurídico-política que transforma el derecho a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. Hablamos de iluminismo jurídico⁵ y de su máxima: “los hombres, en cuanto tales, nacen con derechos naturales e imprescriptibles que deben ser reconocidos por una ley, la cual, simple y clara, representa la expresión de la razón”. Hablamos de fisiocracia⁶ y su ataque al régimen de la propiedad feudal, a la concepción divisa del dominio, a los límites a la libre disposición y circulación de los bienes. Hablamos, en suma, de la afirmación del Estado absolutista moderno, de su necesidad, y posibilidad⁷, de controlar todo su territorio mediante la monopolización la producción jurídica, garantía única y de mayor validez de su poder⁸.

Con todo esto -enseña Grossi- el tema de las propiedades colectivas ha sido uno de los más iluminados bancos de prueba del absolutismo jurídico del siglo XIX: durante casi todo un siglo, la única reacción del Estado monopolizador de la producción jurídica fue la de remover las estructuras propietarias colectivas, y debido a que en este Estado burgués todo lo que concierne a la pertenencia de los bienes tiene una relevancia fuertemente publicista, la cuestión se vuelve inevitablemente un problema de orden público y por ello exquisitamente constitucional⁹.

La presencia de estos elementos más la difusión -mitológica- de la ley escrita como fuente sacra, inamovible y dogmática de la realidad social,

⁵ Entendido como ideología de la reforma política, ya de los soberanos absolutistas como de la oposición, que desde mediados del siglo XVIII comienza a estimular el proceso de codificación en Europa. Véase TARELLO, Giovanni: *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 227 y 259.

⁶ Corriente de pensamiento propia de los representantes de la economía política burguesa que sostiene la existencia de un orden natural concerniente a las leyes de la riqueza al cual se debían adecuar los ordenamientos positivos. Se desarrolla sobretudo en Francia hacia la segunda mitad del siglo XVIII en la discusión de los “economistas” acaecida como consecuencia de la crisis de la agricultura: se trata de incentivar la producción agraria, considerada por ellos fuente principal de riqueza, y superar la crisis a través de una política económica de corte liberal (*laissez faire*). Entre sus máximos teóricos se encuentran su fundador, Francois Quesnay, Pierre-Paul Le Mercier de la Rivière, Pierre-Samuel Dupont de Nemours, Nicolas Baudeau y Anne-Robert-Jacques Turgot. Para detalles y amplia bibliografía, véase: Tarello, Giovanni, op. cit., p. 356 ss.

⁷ Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe: *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 79

⁸ Cfr. Grossi, Paolo: *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, en *Il dominio e le cose*, ob. Cit. p.696. Enfatizando el poder omnicompreensivo Eyzaguirre nos revela que la fórmula de Luis XIV: “*L’État, c’est moi*” constituye para sus descendientes, los borbones de España, más que una doctrina, una norma de gobierno que es preciso poner en práctica. V. EYZAGUIRRE, Jaime: *Ideario y ruta de la emancipación chilena*, Editorial Universitaria, 29ª ed., Santiago, 2006, p. 44.

⁹ GROSSI, Paolo: *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, en *Il dominio e le cose*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 698, 699.

enarbolada con majestuosidad por la escuela de la exégesis, transporta el absolutismo estatal al nuevo concepto de propiedad, entendido ahora como un poder sin limitaciones e incluso irresponsable¹⁰.

Aquí entonces el resultado y máxima de lo apuntando: la era del liberalismo se acompaña a la del más fuerte absolutismo jurídico¹¹ y ello, llevado a nuestro campo, se traduce en una clausura absoluta a otras formas de pertenencia que no se adecuen a los conceptos establecidos por la ley y su escuela difusora. Tales modelos permanecerán en el universo de la inexistencia para el derecho oficial.

Este por consiguiente es el contexto que tuvieron a vista las primeras autoridades de América Andina, cuando, una vez en el poder, miraban el horizonte revolucionario del nuevo arquetipo europeo y, ya librados del yugo español, buscaban liberarse de todo vestigio colonial en nombre del pretendido liberalismo¹². Y ello fue así puesto que “nuestros legisladores no miraban más que la necesidad de proclamar y asegurar nuestra independencia y de sostener los principios de igualdad y libertad como base del gobierno interno”, escribe Alberdi hace ciento cincuenta años¹³. Bolívar y Sucre, San Martín y O'Higgins, se empeñaron en una serie de declaraciones revolucionarias, y sus sucesores, a la formación de cuerpos constitucionales con el fin de poner en práctica el nuevo orden. Aquí el primer problema, pues en su intento avasallador eliminan los derechos que representaban culturas distintas a su propia concepción de orden. Porque el Estado moderno necesita unificar para ordenar, hace suya la expresión

¹⁰ VIDAL, Michel: *La propriété dans l'Ecole de l'Exégèse*, in *Quaderni Fiorentini*, 5/6 (1976-1977), Vol I, Giuffrè, Milano, 1978, p. 30.

¹¹ Cfr. GROSSI, Paolo: *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale*, in *I demani collettivi e le proprietà collettive*, Cedam, Padova, 1998, p. 18.

¹² En las colonias del Estado absolutista la instauración de las nuevas ideas europeas se implementó de manera clandestina: en Chile dos grandes difusores de las ideas europeas, José Antonio de Rojas y Manuel de Salas, habían logrado introducir, hacia la segunda mitad del siglo XVIII, las principales obras de Pufendorf, Montesquieu, Holbach, Rousseau, Raynal y en particular la Enciclopedia de Diderot y D'Almbert, a pesar de las censuras del gobierno Borbón. Otra forma de acceso fueron las múltiples licencias concedidas por la Santa Sede y la Inquisición para leer y tener libros prohibidos. Connotados filósofos y juristas fueron juzgados por la Inquisición en Lima debido a sus lecturas. En Chile el caso más notable fue el del activista Fraile Camilo Henríquez. Sobre esto cfr. Eyzaguirre, Jaime, ob. cit., p. 72 ss; MEDINA, José Toribio: *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Chile*, Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, Santiago, 1952. Sobre la recepción de estas ideas en el Perú Carlos RAMOS NUÑEZ dedica parte importante del primer tomo de su notable “*Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*” (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003). Para mayores detalles sobre la penetración de la teoría jus-política de Rousseau véase LEWIN, Boleslao: *Rousseau en la independencia de Latinoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

¹³ ALBERDI, Juan Bautista: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 2ª ed., 1980, p. 26.

Estado = Nación, asimilando culturas distintas, eliminando por consiguiente la posibilidad de toda forma de pluralismo cultural y por ende jurídico.

Nos acercamos así a un importante aspecto de nuestro estudio: los caudillos militares proclamaron la independencia y junto a sus declaraciones sugirieron las líneas que deberían guiar la nueva estructura política ordenando la promulgación de Constituciones. En este aspecto -puntualiza Clavero- América Latina es un caso de codificación no impuesta por Europa, sino emprendida por la definición de aquellos Estados interesados por las luchas de independencia durante los primeros decenios del siglo XIX¹⁴. La codificación es el germen de leyes. Estamos, siguiendo la expresiva fórmula de Vargas Llosa¹⁵, presenciando el nacimiento de la “telaraña legal”; un esquema confuso producto de una incensurada producción legislativa, reflejo del absolutismo estatal del siglo XIX que acompañará la agenda del derecho andino hasta nuestros días. Se trata del momento histórico de recepción de la codificación moderna en esta área geográfica, bandera única de la técnica jurídica revolucionaria. Es, en fin, el tiempo de la Constitución andina; Primer Código y semilla de Códigos sucesivos¹⁶.

Pero regresemos a la cuestión principal dirigiendo la atención sobre la forma de independencia que más nos interesa: la independencia de la tierra. Fue una vez alcanzada la independencia política que se advierte la necesidad de cierta renovación jurídica: los mismos principios de libertad e igualdad se oponían a algunas instituciones que remontaban a la época monárquica. Esto implicó la necesidad de una nueva Revolución, económica y social, inspirada por el nuevo pensamiento liberal. La Revolución fue entonces tanto política como territorial y así dirigida a abolir todos los obstáculos que impedían a los propietarios disponer libremente de sus bienes, y a rescatar la tierra de la mano muerta¹⁷. En este sentido, la Revolución no se interesó por el latifundio, en cuanto propiedad del

¹⁴ CLAVERO, Bartolomé: *Códigos como fuente de derecho y desague de constitución*, en *Codici. Una riflessione di fine millennio, Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 ottobre 2000*, dirigido por Paolo Cappellini y Bernardo Sordi, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 106, 107.

¹⁵ En su prólogo a la incisiva obra de Hernando de SOTO: *El Otro Sendero*, Sudamericana, Buenos Aires, 1987, p. XXIV.

¹⁶ Cfr. CLAVERO, Bartolomé: *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio*, en *Quaderni Fiorentini*, n° 18 (1989), Giuffrè, Milano, 1990, pp. 81 ss. Así Bolívar, presentando al Congreso boliviano su proyecto de Constitución, señala que “en cuanto a la propiedad, ella depende del Código Civil que vuestra sagacidad debería sistematizar después, para la fortuna de vuestros conciudadanos”, véase *Proyecto de constitución para la República de Bolivia y discurso del Libertador*, Imprenta Republicana Administrada por José María Concha, Lima, 1826, p. 13.

¹⁷ LEVAGGI, Abelardo: *El proceso desamortizador y desvinculador de los bienes de manos muertas desde la óptica jurídica*, en *El Proceso Desvinculador y Desamortizador de Bienes Eclesiásticos y Comunales en la América Española Siglos XVIII y XIX*, Hans-Jürgen Prien y Rosa María Martínez de Codes (coord.), *Cuadernos de Historia Latinoamericana* N°7, AHILA, 1999, p. 52.

individuo: el blanco serán las formas de “comunidad” propiedades consideradas “muertas”, y entonces obstáculos para el pretendido progreso de la minoría enriquecida.

Entre la serie de acciones que el proceso “libertario” de las tierras porta con sí¹⁸ nos interesa el progresivo aniquilamiento de la propiedad de tipo feudo-colonial compartida por varios titulares, y en particular, el fenómeno de la división y sumisión de las extensiones territoriales indígenas a las normas del Derecho común. Estos tipos de propiedades habían gozado de un régimen especial durante la época del colonialismo castellano, desde el momento que la filosofía del tiempo consentía el mantenimiento de todos aquellos usos y costumbres que no fueren contrarios a la legislación real o a la fe¹⁹. Encontramos disposiciones referidas a los indígenas, sus tierras y en general sobre el uso común de ciertos terrenos aledaños a las ciudades y pueblos en la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680²⁰. Bajo el modelo de esta legislación se regulaba la institución del *ejido*, tierra de todos circundante al pueblo, destinada a la diversión y al pastoreo; además, desde los primeros tiempos de la colonia, se dictan reales disposiciones ordenando no sólo el respeto de las propiedades cultivadas por los indígenas sino además la facción de las llamadas reducciones y repartimientos de tierras a los que carecieran de ellas²¹. El esquema no podía presentarse de otro modo pues al

¹⁸ Entre otras: abolición de las formas de vínculo de los bienes, venta de los bienes eclesiásticos, corporativos o comunales, reducción y abolición de los derechos reales, facilitamiento de las propiedades de las tierras.

¹⁹ En 1562 el padre Juan de Mendieta afirmaba que ni Dios, ni el Código, ni el Digesto, pueden gobernar a los indígenas “porque ni Justiniano hizo leyes, ni Bartolo ni Baldo las comentaron para este nuevo mundo y su gente...” (Pasaje de la carta del padre Gerónimo de Mendieta al padre Francisco de Bustamante, Comisario General de las Indias, en San Francisco de México, citada por TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *El Derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común*, in *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio, Firenze-Lucca, 25-26-27 maggio 1989*, a cura di Bartolomé Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente, Giuffrè, Milano, 1990, p. 578. Sobre la temática de las costumbres en las Indias, véase el trabajo del mismo autor: *La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)*, en *Revista de Historia del Derecho*, n. 14, Buenos Aires, 1986, p. 355 ss.

²⁰ Véase leyes 5,7,9,12,16,17,18 y 19 título 12, libro IV; 8 y 20 título 3 libro VI. Por su parte la ley 14, título 3 del mismo libro señala que “a los indios se havran de señalar, y dar tierras, aguas y montes”. *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias /mandadas a imprimir y publicar por la majestad católica del rey don Carlos II, nuestro señor*, Viuda de J. Ibarra, Madrid, 1786.

²¹ La formación de los llamados “pueblos de indios” o “reducciones” permitió a la población indígena andina mantener su forma básica de organización territorial anterior a la conquista, el Ayllu. Los resguardos eran la base territorial para estructurar la vida económica de las reducciones, se trató de una unidad económica, un bien en conjunto e inalienable, compuesto por diversos tipos de tierras (aprovechamiento comunal, repartidas a censo entre las familias o cultivadas por turno en beneficio de la comunidad). Los españoles admitieron con sentido práctico la realidad social preexistente y optaron por institucionalizar los ayllus reagrupándolos en las reducciones o pueblos de indios, dándoles la categoría de sujetos de derecho en materia de propiedad. Esta medida les concedió legitimidad a su posesión y permitió entonces plasmarla con

régimen medieval impuesto en la Colonia conciliaba la propiedad feudal con la comunitaria. Alcanzada la Independencia, mutados los tiempos, será la marea de intelectuales andinos, hombres impregnados por las ideas de la ilustración, y por ello de eurocentrismo, quienes, de frente a la tarea del establecimiento del orden social y jurídico impuesta por las nuevas autoridades, proclamarán la ideología del nuevo orden analizando las formas jurídicas y sociales de toda la comunidad andina sobre la base de las nuevas ideas europeas, considerando anómala toda diferencia entre el modelo teórico de su autoría y la realidad local circundante²². Es el origen de la antinomia de la técnica jurídica formal y la realidad social andina.²³

En este Estado deseoso de ley, la concepción propietaria del publicista argentino Juan Bautista Alberdi, autor del proyecto de la Constitución argentina de 1853, primera de la República Independiente, nos ofrece una preciosa ilustración del pensamiento de los primeros gestores de los textos constitucionales de la zona. Adhiriéndose a la escuela de los fisiócratas franceses, considera la propiedad como motor principal de riqueza de la nación, concibiéndola como un derecho “exclusivo” que compete a todo hombre para usar y disponer ampliamente de su propio trabajo o de su capital y de las propias tierras²⁴. El derecho de propiedad –nos dice- consagrado sin limitaciones, termina con los “ejidos”, campos de propiedad común, situados al ingreso de las ciudades coloniales, lugares donde no se podía edificar²⁵. En otro escrito agrega que “...toda la ley que quite al poseedor el actual estímulo de la propiedad completa y

un derecho de propiedad institucionalizado según la teoría de la doctrina española. Así URQUIDI, Arturo: *Las comunidades indígenas en Bolivia*, Edit. Los Amigos del Libro, Cochabamba, 1970. V. además OTS CAPDEQUI, José María: *El régimen de la tierra en la América española durante el periodo colonial, Santo Domingo, 1946; Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias*, Minerva, Bogotá, 1940, p. 122 y ss.; BONIFAZ, Miguel: *Derecho indiano*, Sucre, 1961 p. 180 y ss.

²² El concepto refleja un dato común sobre el cual la antropología reflexiona desde hace mucho tiempo, el etnocentrismo. Cfr. RIVIÈRE, Claude: *Introduction à l'anthropologie*, Hachette, Paris, 1995, trad. It. a cargo de Cristiana Natali, *Introduzione all'antropologia*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 11. Para profundizaciones véase abundante bibliografía en ROULAND, Norbert, *Anthropologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, trad. it a cargo de R. Aluffi Beck Peccoz, presentación de P. G. Monateri, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992.

²³ Sin embargo, la dicotomía entre la realidad y el modelo impuesto se genera desde los primeros tiempos del colonialismo castellano; así, la misma noción del *ius naturale* moderno, aplicado para dar respuesta a los cuestionamientos jurídicos que planteaba el Nuevo Mundo, contuvo una noción de razón del todo “europea”, a la cual, teólogos y juristas atribuyeron validez universal. Más antecedentes consúltese CASSI, Aldo Andrea: *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 13 y ss.

²⁴ La cita corresponde a su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853* (Imprenta y Librería del Mercurio, Valapariso, 1854, pp. 16), obra guía para los constituyentes argentinos de 1853.

²⁵ Alberdi, Juan Bautista, ob. cit. p. 93.

absoluta, lo vuelve indolente porque nada estimula su actividad: lo vuelve flojo por la incertidumbre en que permanece su propiedad o posesión ...”[...] “...la propiedad no puede producir todos los resultados de los cuales es capaz en beneficio de la población y del bienestar de la mayoría sino cuando es libre en su adquisición, transmisión, colocación y uso”²⁶. El sentido último de la economía, según Alberdi, es humanista y espiritual “cambiar la condición del hombre argentino”, siendo esencial superar la pobreza y el estancamiento. El objeto principal de su preocupación resulta ser entonces la riqueza de las tierras²⁷.

El proceso así conducido no se agota en esta dimensión, consiste también, y cierto con mayor intensidad, en un abierto repudio a toda cultura diversa a la oficial estatal, y entonces dirigido a la negación de los derechos derivados de la cultura indígena, considerada atrasada e inferior y por ende destructible. La convicción de un gran latifundista boliviano, J.V Dorado, al fin de justificar la venta de las tierras comunales indígenas, nos ofrece una clara imagen del pensamiento de la clase terrateniente: “Quitar estos terrenos de las manos del indígena ignorante y atrasado, sin medios, ni capacidad o voluntad para cultivarla, y pasarlos a la emprendedora, activa e inteligente raza blanca, ávida de propiedad y fortuna, llena de ambiciones y necesidades, resulta efectivamente la conversión más oportuna, en el orden social y económico de Bolivia. Por lo tanto, desvincularla de las “manosmuertas” del indígena es regresarla a su condición productiva, de utilidad y beneficio para la humanidad entera...”²⁸. En otra zona, en 1880 Julio Argentino de la Roca lleva a término su “*Conquista del Desierto*” materializando la ocupación e incorporación a la nueva República Argentina de los territorios de la Pampa y Patagonia. El mismo término “*desierto*” da una idea despectiva de las poblaciones indígenas que ocupaban aquella vasta área territorial. Conseguido el objetivo de “poblar” la zona, el mismo Roca explica: “no pasa un solo indio por las mismas praderas donde muchas tribus tenían sus posesiones [...] y el valor de las tierras aumenta en proporción inesperada. Sobre las riveras del Río Negro muchos de los indios prisioneros y sometidos son hoy *peones* a jornada [...] las tribus desaparecen y el salvaje se somete a las exigencias de la civilidad [...]”. “Se han liberado por siempre del dominio indígena aquellos vastísimos territorios, que ya se presentan llenos de deslumbrantes promesas para el que ha emigrado y para el capital extranjero”²⁹. Se trata de la ocupación de

²⁶ Citado por Levaggi, Abelardo, op cit., p. 54.

²⁷ Cfr. CIAPUSCIO, Hector: *El pensamiento filosófico-político de Alberdi*, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires, 1985, p. 172. Más antecedentes sobre su obra e ideología en MAYER, Jorge: *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

²⁸ Cit. en Rivera Cusicanqui, Silvia, ob. cit. p. 13, 14.

²⁹ La cita corresponde al mensaje al Congreso del 8 de mayo de 1881, citado por ROSTI, Marzia: *Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione argentina*, en *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, a cura di Mario G. Losano, Giuffrè, Milano, 2004, p. 89.

nuevos territorios mediante el exterminio de las poblaciones indígenas. *Conquista del Desierto* en Argentina, *Pacificación de la Araucanía* en Chile, eufemismos, en ambos casos el proceso no tuvo otro objeto que el genocidio como antesala a la expansión económica europea, expandiendo de igual forma un viejo sistema de organización de la producción: la *estancia* argentina y el *fundo* chileno, variantes ambos del sistema de la *hacienda*³⁰.

A la imposición monista del instituto propietario diseñado por la ley viene además agregada la formalización del ordenamiento inmueble mediante la inserción de los títulos propietarios en el sistema registral. Se busca así la integración de la información dispersa en un solo sistema: el registro. El proceso puede calificarse de aculturación, en cuanto sistema nuevo y extraño a la realidad andina, erigiendo con sí una estructura paralela e informal de propiedad para aquellas sectores que no disponen de los medios o condiciones culturales para seguir las acciones que el nuevo sistema requiere³¹.

En este discurso no hay más que etnocentrismo: visión distorsionada de la realidad oscurecida por la óptica europea con la cual los “iluminados” andinos miraban el horizonte republicano, y sobre todo euro-centrismo: visión de superioridad de la solución importada, por una convicción de superioridad de la cultura europea y de las soluciones de su derecho³². La voz de la cultura jurídica oficial en los Andes es unívoca y monista, simple y abstracta, ciega, en suma, de frente a la realidad social circundante. Las formas de propiedades colectiva representan anomalías para el sistema oficial; relativizan y diversifican el esquema monista estatal y la ley del Estado deberá ignorarlas.

El siglo XIX se presenta con una solución que aparentemente se propone como concepción universalista del Derecho, pero en realidad, como lo ha apuntado incisivamente Clavero, se trata de una universalidad determinada. Se trata de la imposición de un concepto particular presentado en cambio como concepto general. Podríamos por lo tanto decir que estamos en presencia de un imperialismo, sobre todo cultural. No se está postulando por lo tanto un derecho

³⁰ CHONCHOL, Jacques: *Sistemas agrarios en América Latina. De la etapa prehispánica a la modernización conservadora*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., Santiago, 1996, p.117.

³¹ Cfr. SOTO, Hernando de: *The Mystery of Capital*, Bantam Press, Random House, 2000, trad. esp. por Mirko Lauer y Jessica Mc. Lauchlan, *El Misterio del Capital*, El Comercio S.A., Lima, 2000., p. 82.

³² V. SACCO, Rodolfo: *Antropología Giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 68. A este propósito el antropólogo Tristan Platt nos remarca el pensamiento etnocéntrico de las primeras autoridades republicanas al declarar que, con sus ojos puestos en el horizonte europeo, “la persistencia del Ayllu andino-colonial aparecía como obstáculo anacrónico que postergaba continuamente la hora en que Bolivia tomaría su lugar dentro de la comunidad de las naciones libres”. El indígena, sentencia, no debía confundirse con el homo economicus del pensamiento económico burgués. PLATT, Tristan: *Estado Boliviano y Ayllu Andino*, IEP, Lima, 1982, p. 88, 89.

para todos, sino un derecho para determinados hombres, para aquellos individuos afortunados que responden a la concepción de la minoría iluminada³³.

2.- Textos³⁴

La fragilidad política de los primeros años de las repúblicas que nos ocupan se evidencia en la vasta cantidad de textos constitucionales³⁵. En su mayor parte replantean la línea del absolutismo borbónico, representando una verdadera y propia actualización del autoritarismo, ahora presidencial³⁶. Como estaba sucediendo en Francia con el triunfo de la clase burguesa o en los Estados Unidos con la expansión del pensamiento del más cercano colaborador de Washington, Alexander Hamilton, se trató de textos dirigidos a proteger a la oligarquía y por consiguiente la soberanía absoluta de los propietarios sobre los bienes inmuebles. Es justamente esta clase de terratenientes la que pronto asumirá las riendas del aparato estatal adaptándolo a sus propias exigencias. El latifundio representa el fundamento de su poder político y social³⁷. Previendo esta circunstancia, las primeras constituciones establecen la propiedad inmobiliaria como requisito no sólo para acceder a ciertas cargas políticas, sino además para el goce de derechos políticos esenciales, como la misma ciudadanía y sufragio³⁸.

³³ CLAVERO, Bartolomé: *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 1994, p. 23.

³⁴ Para los textos constitucionales peruanos véase el sitio web del Archivo Digital de la Legislación en el Perú: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Default.asp>. Para Chile: *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*; ANGUIA, Ricardo e QUESNEY, Valerio: *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901 inclusive*, Imprenta Nacional, Santiago 1902. Sobre la Constitución argentina de 1853 véase ob. cit. de Juan Bautista Alberdi. Para el período constitucional boliviano 1826-1947 ha sido consultado el texto: *Las Constituciones Bolivianas. Especialmente compiladas por el Dr. Ramón Salinas Mariaca*. Para un estudio comparativo de los textos constitucionales bolivianos, consúltese SANJINES, Jenaro: *Las constituciones políticas de la República de Bolivia*, Imprenta El Comercio de Bolivia, La Paz, 1906.

³⁵ Once en Bolivia (1826, 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880); doce en Perú (1823, 1826, 1828, 1834, 1836 (3), 1837, 1839, 1856, 1860, 1867); cinco en Chile (1818, 1922, 1923, 1928, 1933); tres en Argentina (1819, 1826, 1853).

³⁶ Como lo apunta Heise para la Constitución chilena de 1833 en concordancia con el pensamiento de la totalidad de los primeros ilustradores americanos (HEISE GONZÁLEZ, Julio: *150 años de evolución constitucional*, 7ma ed. Andrés Bello, Santiago, 1990, p. 45, 46.

³⁷ Para un estudio sobre la importancia del latifundio en el proceso de independencia chileno véase la contribución de BENGGOA, José: *El poder y la subordinación*, Ediciones Sur, Santiago, 1988, T. I., capítulos cuarto y quinto.

³⁸ Una primera aproximación a los textos nos ofrece una clara idea. En Chile, la Constitución de 1822 (art. 39 n° 2) requería una propiedad inmobiliaria de un valor no inferior a dos mil pesos como condición para acceder a la Cámara de Diputados; más tarde la Constitución de 1828 precisaba una propiedad productiva de al menos 500 pesos al año para acceder al Senado (art. 34 n° 3); la Constitución de 1833 (art. 8 n° 1) condicionaba la misma ciudadanía y el derecho de sufragio a una propiedad inmueble. En Perú la Constitución de 1823 (art. 17 n° 4) requería de una propiedad para la ciudadanía, y un inmueble superior al valor de diez mil pesos para ser elegido

Se protege el poder de la clase terrateniente pero al mismo tiempo se desmantela todo el sostén colonial de la clase latifundista como consecuencia de la liberación de la propiedad de los vínculos que históricamente le gravaban. En Chile el artículo 162 de la Constitución de 1833 enunció la libertad de disposición de las propiedades no obstante su vinculación mayorazga, correspondiendo a una ley especial, redactada más tarde por el mismo Andrés Bello en 1852, su concretización³⁹. En Perú la Constitución bolivariana de 1828 afirmó en su artículo 160 que la propiedad no reconoce privilegios hereditarios ni vínculos laicos, siendo todas ellas alienables a cualquier objeto que pertenezcan⁴⁰. En Argentina, la legislación revolucionaria del primer Congreso de 1813 (conocido como *Asamblea del año XIII*) declara la propiedad libre de los mayorazgos. La Constitución de 1853 consagra posteriormente el derecho al libre uso y disposición de la propiedad, garantizando su inviolabilidad (art. 14, 17). Como sus precedentes de 1819 y de 1826, proclama también una propiedad sagrada e inviolable⁴¹. En Bolivia, la primera Constitución, publicada el 25 de noviembre de 1826, elaborada a partir del proyecto presentado por Simón Bolívar, garantizaba a todos el derecho de propiedad (art. 149) y abolía todos los privilegios hereditarios y vínculos de cualquier tipo, proclamando la inalienabilidad de todas las propiedades sean pertenecientes a obras de caridad, religión u otro (art. 154)⁴².

Senador (art. 92 n° 4). La Carta de 1828 (art. 13 n° 3), estableció el requisito de una propiedad inmueble productora de trescientos pesos al año para optar al cargo de Diputado y mil para la senaduría (art. 29 n° 3). La Constitución de 1856 (art. 38 n° 4), un rédito de setecientos pesos provenientes de los bienes inmuebles para optar al Senado. En Bolivia la Constitución de 1834 requiere un capital de seis mil pesos para acceder a la Cámara de Diputados (art. 35 n° 3) y el doble para llegar al Senado (43 n° 4). La de 1843, una propiedad de valor no inferior a cuatro mil pesos para la Cámara de Diputados (21 n° 4) y seis mil para el Senado (25 n° 4). El requisito se mantiene con matices hasta el texto de 1880 para ambas cámaras (art. 57 n° 2, 62 n° 3). La Constitución de 1861 condiciona la propia ciudadanía a la posesión de una propiedad inmueble cualquiera o una renta anual de doscientos pesos.

³⁹ Art. 162 “*Las vinculaciones de cualquiera clase que sean, tanto las establecidas hasta aquí como las que en adelante se establecieren, no impiden la libre enajenación de las propiedades sobre que descansan, asegurándose a los sucesores llamados por la respectiva institución el valor de las que se enajenaren. Una lei particular arreglará el modo de hacer efectiva esta disposición*”.

⁴⁰ Art.160 “*La Constitución no reconoce empleos ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto que pertenezcan. La ley determinará el modo y forma de hacer estas enajenaciones*”.

⁴¹ Art. 14 “*Todos los habitantes de la Confederación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: [...] de usar y disponer de su propiedad*”. Art. 17 “*La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Confederación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en lei...*”.

⁴² Art. 154 “*Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios, y las vinculaciones; y son enajenables todas las propiedades, aunque pertenezcan a obras pías, a religiones, o a otros objetos*”. Artículo que se repite en todos los textos bolivianos hasta 1851.

Toda propiedad es inviolable, declarará más tarde la Constitución de 1851, con limitación de la utilidad pública (art. 15); fórmula repetida por la Constitución de 1868 (art 16).

El llamado es unívoco, propiedad individual como garantía de la personalidad, propiedad individual libre de ataduras coloniales al fin de facilitar su circulación para un reducido y monopolizado mercado.

La legislación fue en estas líneas reaccionaria contra el antiguo régimen, y sólo en apariencia avasalladora de los privilegios de la aristocracia, pues dividir las tierras, desvinculándolas de las “manos muertas” significaba en suma llevarlas a las “manos vivas” de la única clase con poder adquisitivo. El proceso se constituye por ello como una categoría de expropiación aristocrática, producto de la llamada “modernización tradicionalista”⁴³.

Con todo y a pesar del carácter enfático de esta primera oleada de declaraciones, las formas de propiedad colectiva y comunitaria sobreviven. Es preciso por tanto dictar una normativa de complemento o de ejecución programática consistente en una promulgación airosa de leyes destinadas a perfeccionar el mandato del constituyente. Estamos aún en los primeros años del Estado oligárquico, época de confusión política interna y de definición de las fronteras externas, la emanación legislativa se torna así imperiosa a objeto de ordenar y definir el nuevo escenario.

Los mandatarios del nuevo orden serán dos: códigos civiles y leyes especiales. Detengámonos brevemente en ellos.

Las primeras Constituciones, siguiendo el modelo de la Constitución de Cádiz de 1812, ordenan redactar códigos y, como previsible, los primeros fueron códigos civiles (Bolivia 1830-1845; Perú 1852, Chile 1855, Argentina 1869)⁴⁴. Son éstos los verdaderos autores de la nueva estructura social impuesta por el constituyente. En la forma ya propuesta por el modelo francés, consagran la supremacía del individualismo posesivo, favorecen la división de los terrenos, establecen un número restringido de derechos reales y aseguran el monopolio de las tierras al Estado mediante la declaración de la propiedad de las tierras “abandonadas”.

En Perú (y también para Bolivia antes de la declaración de independencia de 1825) Bolívar ordena la repartición de las tierras comunales de los indígenas “de manera tal que ninguno quede sin terreno”, y la subasta de las tierras “excedentes” a un valor inferior al nominal⁴⁵. Se inaugura así el periodo de la

⁴³ Según la fórmula de TRAZEGNIES, Fernando de: *La idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 30 ss.

⁴⁴ Sobre el proceso de codificación civil en América Latina véase GUZMAN BRITO, Alejandro: *La Codificación Civil Iberoamericana, siglos XIX y XX*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

⁴⁵ Decretos del 8 de abril de 1824 en Trujillo y del 4 junio de 1825 en Cuzco, véase: Simón

legislación especial de desmembramiento comunitario y del nacimiento del neo latifundio a expensas de las reservas territoriales indígenas.

En el Alto Perú (antigua denominación de la actual Bolivia), lugar en que las formas de propiedad comunitaria eclesiástica y mayorazgos existían en menor número en comparación a otras zonas, es donde con mayor claridad se evidencian los sucesos que marcarán la agenda de la propiedad inmobiliaria andina a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Dos actores se confrontan en los primeros años de la joven República de Bolívar: las comunidades indígenas y los propietarios de los latifundios (*haciendas*) debatiéndose la sobrevivencia de las propiedades colectivas o su absorción por las estructuras latifundistas⁴⁶.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX se comienza a advertir una creciente presión sobre las comunidades y sus tierras, cuando ya definidas las fronteras internas de los nuevos estados, se busca la expansión a costa de las instituciones coloniales y de las tierras indígenas. La legislación del individualismo posesivo se advierte en su plenitud en el gobierno absolutista del dictador boliviano Mariano Melgarejo (1866-1870) quien a través del Decreto de 20 marzo de 1866, ordena la eliminación de las fronteras defensivas de las tierras comunitarias y *ayllus*⁴⁷ y su venta en subasta pública⁴⁸. El proceso fue aún más directo; una ley posterior llamada de “Exvinculación de la Comunidad Indígena” (1874) declaraba en su artículo 7, sin más, *jurídicamente extinta* a la comunidad indígena, determinando que desde que sean conferidos los títulos de propiedad la ley no reconocerá comunidades, ningún individuo o reunión de individuos, podrá tomar el nombre de comunidad o aillo, ni apersonarse por éstos ante ninguna autoridad. Tal legislación permitió -de manera más adecuada respecto al decreto

BOLIVAR: *Obras completas*, p. 528. Para sus efectos en el sistema de propiedad colectiva consúltese: PIEL, Jean: *Les formes de propriété collective au Pérou de 1750-1920*, in DEMELAS, Marie-Danielle e VIVIER, Nadine: *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914)*, ob. cit., p. 281 ss.; Urquidi, Arturo, ob. cit.

⁴⁶ Cfr. DEMELAS BOHY, Marie Danielle: *La desvinculación de las tierras comunales en Bolivia, S. XIX-XX*, en *El Proceso Desvinculador y Desamortizador de Bienes Eclesiásticos y Comunales en la América Española, Siglos XVIII y XIX*, ob. cit. pp. 133, 134; Ahora en *Attaques et résistances. Les communautés indiennes en Bolivie au XIXe siècle*, en DEMELAS, Marie-Danielle e VIVIER, Nadine: *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914)*, ob. cit., p. 304.

⁴⁷ Comunidad territorial y de parentesco que constituye la unidad organizativa y socioeconómica básica de la cultura andina. Sobre su evolución y su estado actual en la cultura Aymara véase: CARTER, William; ALBO, Xavier: *La comunidad Aymara: un mini-estado en conflicto*, in *Raíces de América: El mundo Aymara*, a cura di Xavier Albó, Alianza, Madrid, 1988, p. 451 ss.

⁴⁸ Se trató de un decreto basado en antiguas disposiciones según las cuales la propiedad comunal de las tierras pertenecía jurídicamente primero al Estado. Esto fijaba, para quienes tuviesen un título de usufructo sobre la tierra, un plazo de sesenta días para pagar una suma de dinero a fin de confirmar su propiedad, transcurrido el tiempo, habría sido vendido en subasta pública. Pero las comunidades indígenas no estuvieron en grado de saldar la deuda y sus tierras fueron vendidas a los latifundistas.

de Melgarejo- un acelerado y duradero proceso de expansión latifundista que evolucionará durante los cuarenta años subsiguientes, golpeando principalmente a las zonas del Altiplano paceño y en menor medida a los valles interandinos⁴⁹. En la práctica la ley exvindicatoria se había constituido en el recurso más eficaz para el crecimiento y consolidación de la gran propiedad feudal, así se dió la paradoja que mientras que los postulados de la Revolución Francesa sirvieron en Europa para derribar el feudalismo y destruir los privilegios de la nobleza y del clero, acá en América hispana sirvieron para todo lo contrario: para apuntalar y extender aún más el domino feudalista de la tierra heredado de la Colonia, con las agravantes de una explotación casi gratuita del trabajo indígena⁵⁰.

En Chile, bajo la custodia de la Constitución de 1833, se presencia un emerger creciente de voces contrarias a la propiedad comunitaria de las tierras que históricamente pertenecieron a la población Mapuche (ubicada en la zona centro sur de Chile y parte de Argentina). Así, la ley del 4 de diciembre de 1866 sanciona que los terrenos al sur del río Bio Bio serán tratados como propiedad del erario y así vendidos en subasta pública, ordenando el cerramiento de las -pocas- tierras indígenas y su asignación de títulos de “*merced*”. Además, viene instituida la “*Comisión Radicadora del Indígena*” con la intención de confinar y cercar a la población indígena a los terrenos de su pertenencia según el nuevo orden establecido. En similares términos, en Argentina Julio A. de la Roca inicia una política de eliminación y conquista interna con las campañas del Desierto y del Chaco, en un primer gran tentativo de atacar a las poblaciones indígenas. En ambos estados casos se trató del recurso a la afirmación de la doctrina de la “*terra nullius*”, una justificación banal y forzada para la tranquilidad de la doctrina jurídica oficial: los indígenas de esos territorios simplemente no tenían derecho de propiedad pues se trataba de poblaciones nómades que no respetaban los requisitos previstos por la doctrina jurídica del occidente para la adquisición del derecho de propiedad⁵¹.

Apreciamos en la primera fase constitucional el confronte de dos direcciones bien delineadas: por un lado se pretende abandonar el antiguo sistema, dividiendo la propiedad, evitando la sobre posición de relaciones señoriales, desvinculando los bienes de la iglesia, de la aristocracia y de las manos muertas; y por el otro, se aspira a mantener y fomentar la gran propiedad inmobiliaria aristocrática. Este doble fenómeno no responde a un paralelismo distraído: el primero es premisa del segundo. En efecto, ha sido precisamente la clase

⁴⁹ Cfr. RIVERA CUSICANQUI, Silvia: *Oprimidos pero no vencidos. Luchas del campesinado aymara y qhechwa de Bolivia 1900-1980*, UNRISD, Ginebra, 1986, p. 14.

⁵⁰ PÉREZ, Patón: *La reforma agraria en Bolivia y sus resultados*, La Paz, 1961, p. 27-28.

⁵¹ Cfr. TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor: *En Segura y Perpetua Propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX, Actas 4º Congreso Chileno de Antropología*, Colegio de Antropólogos de Chile, Santiago, 2001, p. 1131.

terratiente la que, apropiándose progresivamente de aquellas tierras, ahora divididas y libres, ha incrementado sus posesiones como efecto del proceso desvinculante. Precisamente las primeras acciones desvinculantes anteriores a 1830 permiten la transferencia de los latifundios de los sujetos privilegiados en el ámbito de las relaciones agrarias del antiguo régimen (Iglesia, mayorazgos, sostenedores del colonialismo y ciertas comunidades rurales despojadas de sus tierras consideradas “excedentes”) a los neolatifundistas ligados al nuevo aparato estatal⁵².

Se intensifica, el proceso de desmembramiento de comunidad y por ello el proceso de transferencia de la propiedad colectiva a la propiedad privada. La *desamortización* atacó las comunidades y todas sus formas al punto que -escribía con justa razón Mariategui en 1928- “durante un siglo de Republica la gran propiedad inmobiliaria se ha reforzado y se ha engrandecido a causa del liberalismo teórico de nuestra Constitución y de las necesidades prácticas del desarrollo de nuestra economía capitalista”⁵³. Y la consecuencia del estado de sumisión jurídica se hará sentir en el todo el espectro social y estructural agrario: los indígenas que podían adquirir propiedades se transforman en pequeños campesinos o *colonos*⁵⁴, la situación en los campos se agrava y torna confusa, los límites entre comunidad, *haciendas*, pueblos y pequeñas propiedades eran inciertos, estableciéndose situaciones de hecho fuera del cuadro legislativo. Los códigos civiles, con su metódico orden en la construcción de los derechos reales, son la perfección de aquel primer experimento de estructura constitucional republicana. Tal adecuación -como ha puntualizado Bravo Lira desde una perspectiva juspublicista- pretende una vez más dar la superioridad al Estado legal respecto al real, agregando al orden constitucional otro orden, no bien estructurado, presente en los grupos intermedios paralelos al Estado⁵⁵.

La Constitución Andina, su legislación complementaria y doctrina, no cuestiona el dominio absoluto de la ficción legal instaurada: el siglo XIX se nos presenta monista en cuanto ideología, monopolizador en cuanto a fuente. No hay

⁵² PIEL, Jean: *Problemática de las desamortizaciones en Hispanoamérica en el siglo XIX (algunas consideraciones desde el punto de vista socioeconómico y, por lo tanto, ideológico)*, trad. española de J.M. Haro Sabater, in *El Proceso Desvinculador y Desamortizador de Bienes Eclesiásticos y Comunes en la América Española, Siglos XVIII y XIX*, ob. cit. pp. 112, 113.

⁵³ MARIATEGUI, José Carlos: *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Minerva, 18^a ed., Lima, 1970, p. 51.

⁵⁴ El colonaje es una relación de renta-trabajo, por el cual, a cambio del acceso a la tierra (individual en sayañas y pegujales y/o colectivas en las tierras comunes agrícolas o de campo), los campesinos subordinados a la hacienda, deben trabajar un número variable de días en las tierras bajo control directo de la hacienda (Rivera Cusicanqui, Silvia, ob. cit. p. 22)

⁵⁵ BRAVO LIRA, Bernardino: *Entre dos constituciones, histórica y escrita. Sheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica*, en *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), Giuffrè, Milano, 1999, p. 155 y 158.

discusión ni replanteamiento, el modelo individualista importado se acepta sin más, pues ni el éxito político del nuevo Estado ni el progreso económico capitalista, pueden alcanzarse sin la unificación -entiéndase sumisión y así aculturación- e imposición del modelo propietario moderno, libre e individual. La cultura indígena y campesina, sus prácticas territoriales arraigadas en siglos de historia -reflejo de la realidad más auténtica de la zona- permanecen así en el vasto universo del derecho no escrito, evolucionando fuera del cuadro del reconocimiento estatal. La consecuencia lógica de este siglo de ataques e ignorancia oficial será la lucha que dichos sectores emprenderán a favor del reconocimiento de su identidad y reivindicación sus tierras usurpadas. El movimiento alcanzará, con oscilaciones no menores, la conversión de un número no menor de *haciendas* en comunidades indígenas como consecuencia, según veremos, de reconocimientos de trascendencia mayor⁵⁶.

Parte II: La propiedad colectiva en las constituciones del siglo XX

1.- Ideología

La nueva era inicia con la noción de Constitución social. Se habla de constitucionalismo social, de propiedad-función social, de expropiación por causa de utilidad pública o interés social. México (1917), Unión Soviética (1918) y la República de Weimar (1919) son los caudillos de la nueva época constitucional. La bandera resulta también conducida por la Iglesia Católica; el Papa Pío XI en su encíclica *Quadragesimo anno* (1931) llama la atención sobre el doble carácter individual y social de la propiedad. Es el fin del constitucionalismo liberal del siglo XIX, años especialmente significativos en la historia del dogma jurídico de la propiedad⁵⁷.

Junto a ello, el desarrollo de las ciencias sociales porta con sí la apertura hacia el programa pluralista. En la órbita jurídica, el primer decenio del siglo atestigua una insurrección contra el formalismo conceptual alemán y, en particular, contra el formalismo jurídico, esto es, contra aquella dirección de pensamiento que encuentra sus orígenes en las doctrinas del iusnaturalismo iluminista y en ciertos principios desarrollados y aplicados por obra de la escuela francesa de la exégesis, muy conocida en nuestras latitudes⁵⁸. Las contribuciones

⁵⁶ Cfr. CHOQUE, Roberto: *Los aymaras frente a los 500 años del colonialismo*, in *Naciones autóctonas originarias: Vivir-Convivir en Tolerancia y Diferencia*, Simón Yampara H. (ed.), CADA, La Paz, 1993, p. 136.

⁵⁷ Sobre esta nueva función de la propiedad véase la concisa construcción de Stefano RODOTÀ en *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* (Il Mulino, Bologna, 2 ed., 1990, p. 190 ss.).

⁵⁸ V. TREVES, Renato: *Sociologia del Diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Turín, 2002, p.103. Sobre la recepción y transformación en América-latina del llamado clasicismo jurídico, véase LOPEZ MEDINA, Diego: *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Edit. Legis, Bogotá, 2004.

en cuestión se colocan en los orígenes de la Sociología del Derecho: entre otros, Eugen Ehrlich afirma, en 1913, que el centro de gravedad del desarrollo del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la misma sociedad; François Geny basaba su libre investigación del derecho en el recurso a los fenómenos sociales para tomar de ellos las leyes la armonía y principios de orden que requieren; León Duguit, atrayendo la atención sobre la solidaridad social, afirmaba que el hombre ha concebido el derecho aún antes de concebir el Estado, resultando la noción de derecho anterior y superior a él; Georges Gurvitch, construía su sociología del derecho sobre un pluralismo jurídico opuesto al estatismo. Según él, el monopolio del poder jurídico estatal se ha alcanzado a través de la progresiva desvalorización de las fuentes tradicionales como la costumbre⁵⁹. Ventanas abiertas hacia la mirada pluralista, manifiesto contra el sistema monista declarado por el estado moderno. Es esta la crisis que declara la escuela antiformalista, el discurso sobre otras fuentes y soluciones se abre así con el inicio del siglo.

Ante la avalancha de nuevas perspectivas nuestro instituto se limita. La Constitución pone fin al absolutismo posesivo: de la soberanía absoluta, se transita al campo de los deberes para los titulares, y así será estatuido en los nuevos códigos civiles y sus reformas. Sin embargo, el cambio de mentalidad no denota un conversión en la concepción central del dominio inmueble. La Constitución mantiene la propiedad individual como centro de gravedad, pero la socialización está presente y para nuestro efecto en un espectro dual: la propiedad no sólo es social en cuanto limitada en su interacción con otros intereses individuales o colectivos, sino social en cuanto derecho reconocido a los diversos sectores de la sociedad, sin exclusiones. Madura así el impulso hacia un nuevo concepto de propiedad arraigado en el previo reconocimiento de la diversidad cultural de la sociedad andina. Se comprende que esta “nueva” concepción propietaria pertenece a la historia milenaria los pueblos andinos y que de tal condición histórica derivan las causas de su pluralidad.

En el contexto andino el manifiesto pluralista y social no es transplantado mediante la imposición, o simple imitación de un modelo afortunado⁶⁰, la aproximación social no irá madurando a consecuencia de la simple importación de una idea foránea, sino más bien como efecto de una declaración de mayor trascendencia que ya anticipábamos: el reconocimiento de la diversidad cultural y,

⁵⁹ Por todas las voces véase Treves, Renato, ob. cit.

⁶⁰ Sobre el clásico tema de los trasplantes jurídicos la doctrina comparada es copiosa, entre otros, véase los vitales aportes de: WATSON, Allan: *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974; SACCO, Rodolfo: *Introduzione al Diritto Comparato*, UTET, Turín, 1992; GRANDE, Elisabetta: *Imitazione e Diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Turín, 2000. Recientemente GRAZIADEI, Michele: *Comparative law as the study of transplants and receptions*, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2007, p. 441.

en particular, de la presencia de la población campesina e indígena. El nuevo constitucionalismo latino-americano declara un número creciente de repúblicas andinas como sociedades multiétnicas y multiculturales, otorgando, por ello, reconocimiento y protección a las diversas formas de propiedad de esos sectores. Se reconoce el género de dichos pueblos y sus derechos ancestrales ligados a la tierra. Se busca, en dos palabras, la declaración de sus costumbres como hecho de valor constitucional. Se trata, por consiguiente, de un movimiento auténticamente andino, consecuencia lógica de los avatares del siglo anterior, y así resultado de la lucha y presión de las hegemonías culturales y económicas presentes en la zona. El discurso sobre la pluralidad social, basado en estas diversas consideraciones, se abre y las nuevas declaraciones responden a así distintos llamados.

Ciertamente, responden a las exigencias de una entera clase intelectual. En el Perú, Luis E. Valcárcel en "*Tempestad en los Andes*" (1927) -primer manifiesto indígena-, José Carlos Mariátegui en sus famosos "*Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*" (1928), Ciro Alegría en su "*El mundo es ancho y ajeno*" (1941) y José María Arguedas en "*Yawar Fiesta*" (1941), evidencian los conflictos del mundo andino y la terrible condición social del campesino, proponiendo una explicación concreta y ontológica: el problema del indio se encuentra vinculado a la tierra⁶¹. En Chile, en 1939, es traducida la obra del profesor de la Universidad de California, Jorge Mc. Bride publicada por la *American Geographical Society* con el título "*Chile: Land and Society*", quien, resaltando los rasgos terribles del sistema latifundista, abre el camino a una serie de denuncias sobre la conservación de los elementos semi-feudales en aquel ambiente social, los estudios sobre el tema se multiplican⁶². En ambos casos la formulación es simple, pero de factura dogmática e incisiva, rica e inmensurable en la gestación de la denuncia y conciencia colectiva sobre la realidad social andina.

El discurso pluralista responde también a las presiones revolucionarias de los grupos campesinos e indígenas. La reivindicación de la propia cultura, la propiedad ancestral y usos coloniales de la tierra, son las motivaciones para un movimiento que con el transcurso del siglo alcanza mayor grado de organización y representación⁶³. Ejemplos de primer orden son las revoluciones mexicana de 1910 y de Bolivia de 1952, que motivan la aprobación de la Constitución social

⁶¹ RUIZ-ELDREDGE, Luis: *La Constitución Comentada*. 1979, Atlántida, Lima, 1980, p. 252.

⁶² V. VILLALOBOS, Sergio y otros: *Historia de Chile*, Universitaria, Santiago, 1989, t. 4., p. 762 ss.

⁶³ Pensemos en la experiencia boliviana donde la presión indígena ha marcado particularmente la política del siglo pasado: Cfr. Rivera Cusicanqui, Silvia, ob. cit.; ABECIA BALDIVIESO, Valentín: *Historia del Parlamento*, 2ª ed., Presidencia del Congreso Nacional, CML, Secretaría General, T. II, p. 316 ss.

de 1917 para los primeros, y el primer intento de reforma agraria para los segundos.

Pero no sólo recurso andino, el giro hacia la transformación de la propiedad inmueble responde además a las instancias de las fuerzas capitalistas del norte y de los nuevos organismos internacionales. De este modo, la política de la *Alianza para el Progreso*, aprobada en la Conferencia de Punta del Este en 1961, condicionaba la ayuda económica de los Estados Unidos a una serie de reformas en los sistemas agrarios y fiscales para “alcanzar una efectiva transformación de las estructuras y de los injustos sistemas de posesión y de explotación de la tierra”. Países con sistemas agrarios conservadores, fueron obligados a adoptar, aún nominalmente, tales reformas. Las llamadas reformas agrarias de “segunda generación” respondían a esta convocación; el primer intento de reforma agraria chilena de 1962, bajo el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1964), representa un ejemplo de ello. Del mismo modo, los nuevos organismos internacionales -*Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, Banca Mundial*, entre otros- obligan a los países más pobres a adecuarse a su política, imponiendo su concepción territorial. Las políticas de las fuerzas capitalistas llegaron a obstaculizar, por tanto, cada intento de reforma social y de redistribución de la riqueza según la ideología andina⁶⁴. Cómo no ver en ello la presencia de un nuevo imperialismo; más tarde el influjo de las ideas neoliberales por medio de aquellas experiencias y otras como *U.S. Agency for International Development (USAID)* y el movimiento *Law and Development* marcaron el ingreso de las filosofías y políticas de la clase de los economistas educados en Chicago y de los señores abogados de las grandes firmas en la conducción en los cambios económicos y jurídicos a partir de los 50⁶⁵.

Como había ocurrido antes con el individualismo, las nuevas constituciones imponen la ahora socialización del derecho en el campo de la codificación sectorial. En el siglo veinte se asiste, en fin, a la diseminación del socialismo en toda la producción jurídica estatal. Nuevos códigos civiles y una serie de reformas agrarias marcan la agenda legislativa de la segunda mitad del siglo veinte. La apertura resulta también económica y los textos de la segunda mitad del siglo XX proclaman el pluralismo económico sostenido en la coexistencia de diversas formas de propiedad. Ésta no es considerada sólo como un capítulo de las garantías y derechos individuales, sino estructura misma de las relaciones económicas. En este sentido, las reformas agrarias toman distintos

⁶⁴ Cfr. MATTEI, Ugo: *The Peruvian Civil Code, Property and Plunder. Time for a Latin American Alliance to Resist the Neo Liberal Order*, en *Global Jurist Topics*: Vol. 5 : Iss. 1, Article 3, p. 7. Disponible en: <http://www.bepress.com/gj/topics/vol5/iss1/art3>.

⁶⁵ Cfr. DEZALAY, Ives & GARTH, Bryant G.: *The internationalization of palace wars*, The University of Chicago Press, 2002.

caminos según las diversas políticas económicas a las que responden. Dos ejemplos clarifican esta imagen. En Chile, la “nueva” dirección se traduce en la continuación del proceso de división de las propiedades colectivas y de las comunidades a través la creación de la “*Caja de Colonización Agrícola*” (1928), entidad que en poco menos de treinta años divide y distribuye casi medio millón de hectáreas de tierras comunitarias⁶⁶. En un camino distinto, Perú arriba a una reforma social bajo el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado; amparada por el texto social de la Constitución del 1920 (y su sucesora de 1933), la reforma incentiva todas las formas de producción y apropiación colectivas mediante explotación de tierras en formas asociadas de producción. No obstante las discrepancias, en línea de máxima todas reformas apuntan a tres claros y esenciales objetivos: propiedad para quién trabaja la tierra, mejoramiento de los niveles de vida de la población campesina y aumento de la producción agropecuaria y de la productividad del suelo.

Así todo, la deuda de los primeros intentos no fue completamente saldada. Se puede afirmar que la primera oleada de constituciones andinas y reformas agrarias del siglo ignora el tema de la tierra y cultura indígena. En efecto, se trataba de textos que favorecían un movimiento preponderantemente campesino⁶⁷. El problema de la tierra -escribe Stavenhagen- esta aún irresuelto para el campesino indígena en América Latina, y el hecho que los gobiernos lo hayan ignorado -después de las reformas agrarias durante los años sesenta como parte del programa del *Alianza para el progreso*- ha comportado pesadas consecuencias para los indígenas⁶⁸.

En este contexto un importante rol ha cumplido la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El incremento de la participación y presión de la Nación indígena en la política nacional e internacional condujo a los primeros resultados con la adopción de la Convención 107 sobre protección e integración de los indígenas y de la población tribal y semitribal en países independientes de 1957. Más tarde, la Convención 169 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes de 1989, mejoró la noción de reconocimiento cultural indígena, con especial atención a sus derechos colectivos sobre la tierra. Se impone así la recepción del mismo derecho indígena en el ámbito de los derechos nacionales reconociéndose su identidad y estatuto especial mediante una serie de reformas por los países suscriptores. La ratificación de estos textos por parte de

⁶⁶ Esta será también la filosofía de la legislación de división de las tierras indígenas, remontada a la época 1921-61, sobre la cual V. MUNOZ, Bernardo: *Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile*, Series Desarrollo Productivo n° 60, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago, 1999, p. 13 ss.

⁶⁷ Véase Chonchol, Jacques, ob. cit. p. 264 ss.

⁶⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo: *Organizaciones indígenas: actores emergentes en América Latina*, en Revista de la CEPAL, Agosto, 1997.

tres de los cuatro países que nos ocupan (Argentina 1992, Bolivia 1991, Perú 1994), ha significado la adopción de importantes reformas constitucionales hacia el reconocimiento del pluralismo cultural y de reivindicación de la noción de convivencia de las diversas naciones asentadas al interno del Estado. En esta aproximación, Argentina, país que hasta no hace mucho se encontraba en una posición de absoluta clausura frente al reconocimiento cultural y comunitario indígena, es el ejemplo más reciente⁶⁹.

El influjo de las organizaciones internacionales de todos colores y el ceder del Estado a las presiones de los diversos grupos sociales, vuelve aún más evidente las crisis del absolutismo estatal como creador único de soluciones jurídicas⁷⁰. El siglo XX ha sido testigo de la apertura de abanico hacia el pluralismo en toda su expresión: el monismo ideológico de la concepción individualista de la propiedad va dando paso a la impronta de un conjunto de corrientes que en ella buscan plasmarse. La homogeneidad que estableció el sistema liberal absolutista está en crisis. Permitir el desarrollo de las instituciones fundamentales a la suerte de las costumbres y usos de las diversas culturas significó liberarse del absolutismo estatal republicano. Se trata, en fin, de un paso importante hacia el reconocimiento y la reivindicación de la pluralidad social. El nuevo siglo es testimonio del constante bombardear de esa diversidad, y la propiedad, como vemos, continúa siendo el principal banco de prueba de este nuevo escenario.

2.- *Textos*

La evolución política permite una relativa estabilidad de los textos constitucionales en contraste con los primeros años republicanos del siglo precedente. Chile adquiere dos (1925, 1980); Argentina mantiene con un número no modesto de reformas la carta de 1853; Perú promulga cuatro (1920, 1933, 1979, 1993), mientras que Bolivia se reduce a tres (1938, 1945, 1967, ésta última con importantes reformas).

El siglo XX se inicia con textos que vienen a plasmar la integración de la propiedad comunal como consecuencia del reconocimiento de la cultura indígena y campesina. Hay acercamientos a tal mentalidad en otras latitudes: el artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 reconoce el derecho de propiedad de las

⁶⁹ Sobre el cual Rosti, Marzia ob. cit. Para un didáctico esquema del reconocimiento de los derechos indígenas en las constituciones latinoamericanas, véase: PEÑA JUMPA, Antonio; CABELLO MALLOL, Vicente; LÓPEZ BÁRCERAS, Francisco: *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

⁷⁰ Como con vitalidad, y en especial alusión al sometimiento del Estado por las fuerzas del mercado, ha sido evidenciado por Sabino CASSESE en *La Crisi dello Stato* (La Terza, Roma-Bari, 2002).

comunidades, aunque sin definir las⁷¹. Pero aún antes no debemos olvidar la mención idealista de la protección al colectivismo propietario estatuida en el artículo 16 de la Constitución boliviana de 1871, al declarar que las propiedades comunitarias o religiosas gozaban de las mismas garantías que la propiedad individual⁷². Más tarde, la Constitución de 1938 ofrecerá en el artículo 22 la misma garantía, omitiendo esta vez la referencia a la propiedad colectiva⁷³. Tal Carta, abre sin embargo el siglo constitucional boliviano al reconocimiento de la propiedad colectiva en su artículo 165⁷⁴. Bajo el título “*del campesinado*”, lo hará sucesivamente la Constitución de 1945. No obstante, el referido reconocimiento tiene naturaleza formal, ya que -como tónica de las primeras experiencias constitucionales- no hubo actuación posterior que permitiese la inclusión de los pueblos indígenas en la estructura social, económica y política del Estado, a pesar del clamor de los movimientos indigenistas⁷⁵. La actual Constitución Boliviana de 1967 marca una etapa de superación: consagra la propiedad privada “individual y colectiva” (art. 7 letra J)⁷⁶; regula el régimen agrario y campesino señalando con definición que el Estado no reconoce el latifundio (art. 167). La existencia de las propiedades comunitarias se garantiza (art. 167), correspondiendo al Estado estimular su desarrollo (art. 168)⁷⁷. En cuanto al derecho indígena, se respetan y reconocen los derechos sociales, económicos y culturales de su población, especialmente en relación a las tierras comunitarias (art. 171)⁷⁸.

⁷¹ Sobre su involucramiento en el reconocimiento constitucional indígena, véanse las claras observaciones de Bartolomé Clavero en *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, ob. cit., p. 44 y ss.

⁷² Art. 15 “*Los bienes y rentas de los establecimientos de educación, beneficencia y caridad, no pueden enajenarse en ningún tiempo, ni gravarse con contribuciones directas*”. Art. 16 “*Los bienes raíces de la iglesia y las propiedades pertenecientes a comunidades o corporaciones religiosas, gozarán de las mismas garantías que las de los particulares*”. Este artículo se repite en los textos sucesivos, art. 17 Constitución de 1878, art. 17 1880

⁷³ Art. 22 “*Los bienes de la Iglesia, congregaciones religiosas y de beneficencia, gozarán de las mismas garantías que los pertenecientes a particulares...*”. Id. art. 22 de la Constitución de 1945.

⁷⁴ Art. 165 “*El Estado reconoce y garantiza la existencia de las comunidades indígenas*”.

⁷⁵ Véase RIVERA S., José Antonio: *Los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el sistema constitucional boliviano. Pasado, presente y perspectivas para el futuro*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Mastergraf, Montevideo, T. 1, 2005, p. 202.

⁷⁶ Art 7 “*Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: [...] J. a la propiedad privada, individual y colectivamente, siempre que cumpla una función social*”.

⁷⁷ Art. 168 “*el estado planificará, fomentará el desarrollo económico y social de las comunidades campesinas y de las cooperativas agropecuarias*”. Art. 169 “*El solar campesino y la pequeña propiedad se declaran indivisibles*”.

⁷⁸ Art. 171 “*El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen...*”.

En Perú, el artículo 58 de la Constitución de 1920 reconoce la existencia de las comunidades indígenas⁷⁹, mientras que la Carta de 1933 consagra su existencia legal y personalidad jurídica, garantizando la integridad de sus propiedades. Tal disposición será omitida por la Constitución de 1979, que regulando el régimen agrario, proclama la garantía estatal del derecho de propiedad en forma individual, cooperativa, comunal autogestionada, o en cualquier otra forma asociativa⁸⁰. Además, se estimula la reforma agraria y la pequeña propiedad, de lo que deviene la abolición del latifundio (art. 159). Los artículos 161 y siguientes regulan las comunidades campesinas e indígenas, promueven su desarrollo y proclaman sus tierras imprescriptibles. Se establecen además rigurosos requisitos para su subdivisión y la prohibición de la acumulación de tierras al interior de la comunidad (art. 163)⁸¹. En esta misma línea, la Constitución de 1993 no sólo bastó promover la propiedad en sus diversas formas, va más allá al declarar que la economía nacional misma se sostiene gracias a la coexistencia de diversas formas de propiedad (art. 60)⁸². El mismo texto garantiza, además, la propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal (art. 88), confiriéndole a ésta personalidad jurídica (art 89).

Para la experiencia argentina, debemos esperar hasta los últimos decenios del siglo pasado para ver el reconocimiento constitucional del colectivismo agrario. La reforma de 1949 había ya anticipado una propiedad con función social (art. 38) y, por ello, la modificación del Código Civil en 1968 autoriza la propiedad conforme a un ejercicio regular (art. 2513) prohibiendo el uso abusivo del derecho (art. 514). En otra etapa de la evolución argentina, la Constitución de la Provincia de Chubut de 1994 reconoció la propiedad comunitaria indígena⁸³. A

⁷⁹ Art. 58: “[...]La nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden”. Art. 41: “Los bienes...de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley”.

⁸⁰ Art. 157 “El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquiera otra forma asociativa directamente conducida por sus propietarios...”.

⁸¹ Art. 163 “Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo la ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por la mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta...” En su aplicación, el gobierno de Alán García promulgó y publicó en 1987 la Ley General de Comunidades Campesinas (Nº24.656) reglamentada por los decretos supremos 08-91-TR y 04-92-TR

⁸² Art. 60 “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”.

⁸³ Art. 34: “Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia: 1. La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargo”

nivel federal, la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes de 1985 había previsto la asignación de la propiedad a las comunidades indígenas. Estos textos representan, por los menos a nivel político y jurídico, un pasaje de la política de integración o de asimilación a la de reconocimiento del pluralismo étnico, cultural y jurídico⁸⁴. Finalmente, una ley de reforma constitucional de 1992 ha establecido una nueva relación entre Estado y Nación indígena reconociendo la posesión y la propiedad comunitaria⁸⁵.

En Chile, la Constitución de 1925 se refirió a la división de la propiedad y a la instauración de la propiedad familiar (art. 10, inc. 14)⁸⁶. No obstante ello, ni ésta ni la actual Constitución de 1980 regulan formas de propiedad familiar o comunitaria. A pesar que el artículo 24 de la Constitución de 1980 afirma que el Estado garantiza el derecho de propiedad “en sus diversas formas” y sobre toda clase de bienes⁸⁷, no hay referencias a la cultura indígena y campesina, y por esto la omisión a formas de propiedad comunal o colectiva. El primer gobierno democrático, luego del reciente periodo dictatorial, aprobó la Ley Indígena 19.253 en 1993 reconociendo como tierra indígena las superficies que las comunidades y personas indígenas ocupan en propiedad o posesión. La declaración, sin rango constitucional, precisa de una nueva y especial voluntad para comenzar el recorrido hacia la adopción de la Convención 169 de la OIT, vía que, como en otras experiencias, ha conducido al reconocimiento constitucional del pluralismo cultural como premisa para el jurídico. Sobre este punto, son muchos los Estados en América -aporta Clavero- que conservan desde el inicio un silencio constitucional completo sobre la presencia indígena. Manteniendo hasta hoy este silencio, el caso chileno es particularmente significativo. Desde la primera norma constitucional hasta la vigente no existe prácticamente huella de la presencia indígena en el orden constitucional chileno. El silencio constitucional -agrega- puede ser entendido como manifestación de la posición más genocida, ya que la mención, aunque denigratoria, demuestra cuando menos existencia⁸⁸. “El Estado

⁸⁴ Rosti, Marzia, ob. cit., p. 97.

⁸⁵ Art. 75 “*Corresponde al Congreso: [...] 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos [...] reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...*”

⁸⁶ Art.10 “*La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: [...] 14. La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia*”.

⁸⁷ Art. 19 n° 24 “*El derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”.

⁸⁸ CLAVERO, Bartolomé: *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos indígenas entre constituciones andinas*, p. 90. Versión consultada en el página web del autor:

es único y unitario”, sentencia el inicio del texto de 1980, siendo esta colocación post-colonial la causa de toda cancelación actual al diálogo sobre el pluralismo cultural chileno. La noción de unificación nacional cierra las puertas a toda forma de colectivismo agrario, desconociendo la posibilidad de todo orden distinto al estatal. No hay impresión, las cosas no podían ir en forma distinta siendo Chile el país de mayor fortuna en la experiencia de la recepción de las ideas neoliberales de la zona; el monismo, ya superado en latitudes tan cercanas, se enarbola como premisa de la hegemonía estatal chilena, colocándose como condición para el desarrollo y perfeccionamiento del modelo de corte occidental.

Las constituciones en su apertura social abren desde la mitad del siglo pasado el difícil trayecto hacia la reforma agraria. Se trata de una manifestación del nuevo espíritu, pero como adelantamos, con enfoques diversos. El Perú, bajo la Constitución de 1933, comienza un proceso parcial de reforma agraria en 1964 con la ley 15.037, encontrando su perfección en el Gobierno Militar de Velasco Alvarado con el Decreto Supremo N° 265-70-AG de 1970. Se trató de una reforma social que vino a asimilar al sistema tradicional de explotación colectiva mediante la creación de instituciones como la Cooperativa Agropecuaria de Producción y la Sociedad Agrícola de Interés Social. Bolivia se rebela contra el sistema latifundista colonial en 1952 e introduce una reforma agraria profunda, en base a la cual se establecerá la nueva legislación Constitucional (1967) y Civil (1977). La ley agraria establece la figura de la “restitución” de las tierras a las comunidades indígenas usurpadas, admitiendo distintas formas de explotación colectiva previstas en el texto constitucional y codificación civil⁸⁹. Chile inicia su proceso de reforma agraria con la Ley 15.020 (1962), concretizando el mandato del artículo 10 N° 14 de la Constitución de 1925. La reforma agraria de mayor impacto (Ley 16.640 de 1967) comparte con otras reformas andinas la prohibición al latifundio, pero omite el reconocimiento sobre el colectivismo propietario y temática indígena. Se dedica a esta tarea el Gobierno de Salvador Allende, a través de la “nueva ley indígena” (17.729/1972), que incorpora por primera vez a las comunidades indígenas en el programa estatal de reforma agraria. El Estado asume explícitamente la política de restitución de las tierras usurpadas a dichas comunidades, ya mediante la aplicación de la misma Ley de Reforma Agraria de 1967, ya a través de juicios de restitución por vía administrativa o judicial. Sin

<http://www.derecho.us.es/clavero/trabajos.htm>.

⁸⁹ Así, en Bolivia, las tierras de los campesinos fueron clasificadas en comunidades de *haciendas* (que incluían a 50 o más familias de los campesinos que estaban en los latifundios); comunidad de campesinos agrupados (que incluían 50 o más familias que poblaban propiedades de medida mediana y pequeña) y comunidades indígenas (compuesta por familias propietarias de un área legalmente reconocida como tierras de comunidades en razón de los títulos conferidos por el gobierno colonial o republicano). La reforma constitucional de 1994 ha establecido después el concepto de Tierra Comunitaria de Origen (TCO) con la finalidad de garantizar el derecho de los pueblos indígenas sobre su tierra, superando la noción individualista precedente.

embargo, la posterior introducción de la política neoliberal del gobierno militar de Pinochet significó una real revancha de la clase latifundista; soportada en la emanación de una drástica legislación (Decretos Leyes 2.568 y 2.570 de 1979), la nueva normativa pretende liquidar el status especial de los indígenas y de sus tierras integrándolos al sistema del derecho común nacional⁹⁰. El minifundio originado por esta reforma ha generado el empobrecimiento de la población Mapuche rural, y la consecuente alteración social derivada de la migración de sectores indígenas hacia centros urbanos⁹¹.

El movimiento reformista no se agota con la ley agraria. Como hemos adelantado, la segunda oleada de codificación civil (Perú 1936 y 1984, Bolivia 1967, Argentina con su reforma de 1968) impone un nuevo programa social propietario: el código civil peruano de 1936 dedica todo un título (Cuarto del Libro Primero) a las comunidades indígenas (art. 70-74); el actual Código de 1984, regulando la propiedad con función social (art. 923), presenta una declaración general sobre las comunidades de campesinos e indígenas. El Código Civil boliviano regula la propiedad agraria (art. 210 ss.) en concordancia en cuanto establecido por la reforma agraria. La asimilación o replanteamiento que genera el reconocimiento de la propiedad colectiva a nivel constitucional ante la técnica civilística es un tema hoy abordado en Argentina.

A finales del siglo XX el trinomio constitución, ley agraria y código civil camina hacia la construcción del modelo pluralista. No se trata de meras disposiciones programáticas, de aisladas normas del código civil, o de intentos nominales de reforma social o agraria; la voz del colectivismo se presenta y esparce en todo el ordenamiento. La Constitución se vuelve a empadronar de las relaciones del derecho civil (y agrario), pero la intervención política tiene una cualidad más noble y reflexiva, pues tiende a asegurar las exigencias fundamentales de la sociedad entera, hoy reconocida multiétnica y multicultural, y por ello rica y pluralista en sus relaciones jurídicas. Los reconocimientos constitucionales restituyen a la comunidad su rol tradicional como unidad fundamental en la organización territorial y social de la realidad andina. El siglo XX marca así el inicio del largo camino que parece conducirnos a un derecho más auténtico y armonioso con la realidad cultural andina.

⁹⁰ AYLWIN, José: *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*, Series Desarrollo Productivo N° 128, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago, 2002, Vol. I, p. 35. Para profundizaciones sobre el impacto de las políticas del gobierno chileno sobre el territorio Mapuche, véase: TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor: *Pueblo Mapuche derechos colectivos y territorio: desafíos para la sustentabilidad democrática*, LOM, 2006, disponible en la página web del *Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas*: www.politicaspUBLICAS.cl.

⁹¹ Para un reciente estudio de las reformas agrarias andinas véase el trabajo colectivo editado por Fernando Eguren: *Reforma agraria y desarrollo rural en la región andina*, CEPES, Lima, 2006.