

DERECHO AGRARIO ENTRE CÓDIGO FRANCÉS, COSTUMBRE AYMARA, ORDEN INTERNACIONAL Y CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

BARTOLOMÉ CLAVERO

No podéis menos de apreciar el más clásico documento de la civilización en la más joven de las repúblicas.

(Presentación de los Códigos como obsequio de cumpleaños a la Primera Dama de Bolivia, 2-IV-1832).

Ama Killa, Ama Shua, Ama Llulla, ... Ama Llunku.
(Principios generales del derecho, no datados).

SUMARIO

1. COMPOSICIÓN DE ESTADO.—2. CÓDIGO CIVIL SIN CONGÉNERE AGRARIO.—3. MOTIVACIONES DE RECHAZO DEL CÓDIGO RURAL.—4. CONSTANCIA DE COMUNIDAD EN EUROPA.—5. *AYLLU QAMAÑA* Y DERECHO AGRARIO EN AMÉRICA.—6. HIPOTECA DOMÉSTICA DE CÓDIGOS Y AVAL INTERNACIONAL DE COSTUMBRES.—7. REFORMA CONSTITUCIONAL Y PERSISTENCIA COMUNITARIA.—8. RECOMPOSICIÓN DE DERECHO.—APÉNDICES: I. *Título Preliminar del Código Civil (1831)*. II. *Titulos (1967-1994) y artículos (2004) de la Constitución*.

1. COMPOSICIÓN DE ESTADO

El actual Ministro de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, Ricardo Calla, suele caracterizar a este Estado que responde al patronímico de Bolivia como un producto híbrido de una extraña selección de especies nada raras para Europa. Se forma desde el siglo XIX combinando elementos recibidos de ultramar, piezas de procedencia hispana, francesa, británica o prusiana, mientras que se resiste a la adopción de componentes más cercanos en la propia tierra, de instituciones y experiencias de cultura quechua, aymara, guaraní o de otra raíz indígena. Sólo tras la reiterada frustración del arduo

empeño y muy a duras penas, acaba Bolivia por decidirse a intentar el acomodo de estos últimos elementos o más bien primeros, los de tracto de cultura anterior a la presencia europea, con un éxito muy irregular por la misma tensión que se arrastra e incluso se potencia al mantenerse sin la revisión oportuna como piezas básicas dichos otros ingredientes nunca bien arraigados de procedencia comparativamente foránea (1).

He ahí muy sumariamente el escenario donde creo que conviene situar la cuestión de fondo del derecho agrario en un Estado como Bolivia, para una humanidad como la comprendida entre sus fronteras. He ahí también la razón de que convenga arrancar por Europa cuando lo que nos interesa es un caso de América. Si para el planteamiento y desarrollo de un derecho agrario boliviano hay alguna problemática de envergadura, tanto como de orden constitucional, sea la misma de inadaptación en destino, sea incluso de facturación en origen, es en Europa por donde quizás corresponda emprender una labor de exploración y diagnóstico. Si conviene, es por la sencilla razón, no de que haya de buscarse allí, en Europa, el remedio, sino de que por allá se incube y tal vez contagie el morbo. Mirarse de entrada a Europa no tiene por qué suponer darle la espalda a Bolivia. Viajemos y veamos. Son buenas ocasión y compañía para el desplazamiento y la averiguación (2).

2. CÓDIGO CIVIL SIN CONGÉNERE AGRARIO

Conviene comenzar mirando una invención europea cual sea la codificación, esto es, la consolidación napoleónica de la revolución francesa en el ámbito del ordenamiento jurídico. Entre finales del XVIII y primeros años del XIX, fue en Francia donde se generó la formulación normativa del modelo social que, exportándose a continuación por parte de Europa, la continental, y América, la latina, está en la raíz de una problemática de derecho agrario. Se trata ante todo del *Code Civil* (1804), del Código Civil que tantas imita-

(1) RICARDO CALLA: «Indígenas, Ley de Participación Popular y cambios de gobierno en Bolivia (1994-1998)», en WILLEM ASSIES, GEMMA VAN DER HAAR y ANDRÉ HOEKEMA (eds.), *El Reto de la Diversidad. Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*. Zamora de Michoacán, 1999, págs. 149-179. Sobre la imagen de la hibridez selectiva atestiguado que se extendió en intervención oral, no recogida en las actas, de la XIV Reunión Anual de Etnología, *Aportes Indígenas: Estados y Democracias*, La Paz, 2000.

(2) Judicatura Agraria de Bolivia, II Seminario Internacional de Derecho Agrario, Tarija, 26-29/V/2004. Consultoría de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Agradezco invitación a la judicatura boliviana y financiación a la agencia española. Las jornadas han sido de una ayuda preciosa para matizar, puntualizar y también corregir mi ponencia inicial.

ciones y hasta meras copias conocerá. En Francia entonces se inventó como verdadero código de juego para la sociedad civil, inclusive, aunque hubiera vacilaciones, la del sector agrario. Pues bien, dicha invención, tal y como en Francia se materializó y tal como enseguida comenzaría a multiplicarse, se configuraba en teoría como un reglamento suficiente del juego civil de la vida social, pero resultaba de hecho parcial, deliberadamente además parcial, y ello en el doble sentido de la parcialidad, por incompleto y por tendencioso (3).

Si el Código Civil admitía un complemento en su propio campo, era de materia mercantil, el *Code de Commerce* (1807), código particular para el mercado, y no un código agrario, código para la tierra y para quienes vivirían directamente o se sustentaran mediatamente de ella, una inmensa mayoría por entonces. Con todo su carácter básico, con toda su importancia social, esta otra posible pieza, la de materia agraria, quedaría excluida del modelo de la codificación. El Código Civil general se entendería que bastaba. Pero no se piense que se tratara de una incapacidad o de un descuido en el planteamiento de los códigos. La necesidad de un derecho agrario con código propio, con un código particular como el mercantil al menos, fue algo realmente controvertido desde aquellos inicios y durante el tiempo por venir. Hubo proyectos incluso formales de *Code Rural*. Su descarte entonces definitivo entre las piezas que redondearan la codificación clásica junto al *Code Civil* fue una determinación al fin consciente y deliberada (4).

Resulta todo un síntoma de la parcialidad dicha si situamos la exclusión en el contexto constituido por la codificación misma. No era la agraria la única materia relevante sin código propio implicando esto la carencia de un ordenamiento específico que invistiera de entidad, otorgara relieve e implicara consideración. Otro tanto ocurría con el trabajo en sí y en relación con la empresa, empresa y trabajo agrarios incluidos, es decir excluidos. Un código del trabajo, todo un derecho tal, era objeto de rechazo bien deliberado. El Código Civil contemplaba la relación laboral como efecto y factor de subordinación bajo la autoridad del propietario excluyéndola así del mundo de

(3) ANDRÉ JEAN ARNAUD: *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973.

(4) FRANÇOISE FORTUNET: «Le Code rural ou l'impossible codification», en *Annales Historiques de la Révolution Française*, 247, 1982, págs. 95-112; SERGE ABERDAM: *Aux origines du Code Rural, 1789-1900. Un siècle de débat*, París, 1984. El proyecto de *Code Rural* elaborado y debatido entre 1801 y 1814 se tiene reproducido en internet: <http://gallica.bnf.fr/anthologie/notices/01095.htm>. Hubo un *Code Forestier* en 1827: *Les Six Codes*, París, 1828. Los otros cinco eran los que, entre 1804 y 1810, habían creado el modelo napoleónico: *Code Civil*, *Code de Procédure Civile*, *Code de Commerce*, *Code Pénal* y *Code d'Instruction Criminelle*.

la contratación civil como, salvo casos cualificados, de la mercantil. Para el modelo originario de la codificación, no es que el trabajo, inclusive el agrario, se abandonase a la libertad del mercado, sino que se sujetaba al poder de la propiedad. El propietario mismo contaba con derechos conforme no sólo a determinación normativa, sino también a registro particular, a su reconocimiento como individuo, por parte del Estado. Como sujeto de derechos, para la visión de la codificación, dependía el primero del segundo, el individuo del Estado. Puede que hubiera en fin razones de fondo y de peso para la exclusión de unos códigos, tanto del laboral como del agrario (5).

3. MOTIVACIONES DE RECHAZO DEL CÓDIGO RURAL

Había motivos bien específicos para la suficiencia de un Código Civil, código de la propiedad, con el complemento de un Código de Comercio, código del mercado, y para el rechazo bien específico de un Código Rural, código de la tierra. Permítaseme ilustrarlo con el caso español que algo toca de entrada a Bolivia. Como por otras latitudes a las que se extiende el modelo de la codificación y en el momento de plantearsele, no deja de suscitarse la cuestión de dicho otro código, el de derecho agrario.

La primera Constitución propiamente española, la de 1812, la que se acordara en las Cortes de Cádiz no sólo para España, sino también para América, y que así fuera en algo también Constitución de Bolivia, ya disponía que hubieran de seguirle, como códigos sustantivos, tan sólo dicho par, el civil y el mercantil. Quienes planteaban un sistema constitucional no parece que sintieran la necesidad de ningún otro, como el laboral o el agrario. Bastaba el general civil y el particular mercantil (6).

En España es tras 1820 cuando se aborda el desarrollo normativo de dicha previsión de la Constitución de Cádiz. Ya no interesará a Bolivia, donde se mirará directamente a Francia, pero aquí puede importarnos por cuanto se planteara directamente la posibilidad de un *Código Rural* rechazándose categóricamente su oportunidad. Miremos a razones. Visitemos este episodio como una etapa en nuestro viaje de ida y regreso entre Bolivia y Francia o

(5) B. CLAVERO: «Derecho liberal y laboral entre código y cultura», en MARIO ASCHERI, FRIEDRICH EBEL, MARTIN HECKEL y otros (eds.): *«Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert»*. *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Colonia, 2003, págs. 83-103; para el reconocimiento individual como sujeto de derechos entre el modelo francés y el caso español, «Código y registro civiles, 1792-1875», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 14, 1987, págs. 85-102.

(6) CARLOS PETIT (ed.): *Derecho Privado y Revolución Burguesa*, Madrid 1990, págs. 53-85; B. CLAVERO: *Origen constitucional de la codificación civil en España*.

bien entre comunidad y código, entre estos signos distintos de culturas en plural.

El caso es que entonces se forma en España el proyecto de un *Código Civil* encabezándosele con una exposición de motivos que afronta el asunto. «¿No están ya acordadas todas estas medidas?», las que comprenderían un *Código Rural*, se pregunta en negativo dicho preámbulo. Y ofrece como respuesta positiva a la negación un elenco de las disposiciones tenidas por suficientes, una relación de medidas que se habían iniciado con las Cortes de Cádiz y que en concreto implicaban liberalización, esto es, mercantilización y privatización, de la propiedad sin muchas reservas de carácter público: «La libertad de cultivo; la de cercar y acotar las heredades; la de destinar los terrenos a pasto o labor; la de la industria pecuaria en toda su extensión; la reducción a propiedad particular de los terrenos comunes, baldíos y de propios, salvas las servidumbres públicas, los ejidos, abrevaderos y cañadas; la desvinculación; el proyecto de caminos y canales», concluyéndose satisfactoriamente: «He aquí el Código rural de las Españas» sobre cuya base se plantea el propio Código Civil, su régimen de propiedad privada (7).

Era el código rural un código consistente en la carencia de código ofreciéndole consistencia al código entonces verdadero y protagonista, el Código Civil. Se le descartaba por hacérsele espacio máximo a una libertad, la libertad de la propiedad privada para disponer de la tierra, para cercar y acotar, ceder o retener, arrendar o rescindir contratos o concesiones, cultivar o abandonar, comercializar, «reducir» toda otra propiedad en suma. El interés de la privada seriamente se pensaba por quienes codificaban que constituía el barómetro más sensible de la necesidad social y el mecanismo más eficiente del progreso económico. La misma exposición de motivos recalca que hasta los problemas entonces más elementales y recurrentes, como el de las crisis por desabastecimientos, sólo llegarían a superarse mediante el juego libre de un determinado interés privado, el de la propiedad. En este contexto, la propia política de dotación de infraestructura por el Estado se concibe como servicio a la propiedad privada o descomunitarizada. Luego apreciaremos hasta qué punto en la misma España de lo que se trataba con la negativa a un código rural, cualquiera que fuere, era de esto, de la descomunitarización, válganos la palabrota.

(7) JUAN FRANCISCO LASSO GAITE (ed.): *Crónica de la Codificación Española*, Madrid s.f. (desde 1970), vol. 4-II, *Codificación Civil (Génesis e Historia del Código)*, págs. 10-11, también para las citas que siguen. Algunas referencias y reflexiones ahora las reciclo de un par de trabajos propios: «Historia y reforma agrarias», en *Estudios en Recuerdo de Sylvia Romeu*, Valencia, 1989, págs. 275-288; «El común y su doble», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 31, 2002, págs. 899-915.

«Pasaron además los tiempos —explica dicho preámbulo de un proyecto de Código Civil— en que la inexactitud de principios de economía política inclinó el celo de los legisladores unas veces hacia el fomento de la agricultura y otras hacia el de la industria o el comercio. La experiencia ha mostrado que estas protecciones parciales, menoscabando por de pronto el interés de las clases desatendidas, refluieron con el tiempo en el desaliento de las mismas que se trató de favorecer. Por otra parte, el empeño de meterse el legislador a la dirección de operaciones que sólo conoce bien el interés individual paralizó siempre este mismo interés, embotando su acción, cuya mayor eficacia está expresada por el maximum de su libertad. Uno de los fines que podría proponerse el legislador dictando leyes agrarias sería asegurar la subsistencia pública, como el elemento primero del hombre en sociedad, o la abundancia pública, que le pone a cubierto de las intemperies, guerras, epidemias y otros azotes que agotan los manantiales de la subsistencia. Pero las necesidades y los placeres anteriores a las leyes, e independientes de ellas, son agentes mucho más poderosos...». Recordemos siempre cómo se identifica tal premisa del derecho. La libertad que se predica es entonces de una clase de propiedad, la privada, no de otra, como tampoco del trabajo.

Léase así en el contexto y entre líneas para comprenderse en todo su alcance la conclusión: «La ley, protegiendo la propiedad en toda su extensión, ha hecho cuanto puede, debe y conviene hacerse». Está de más el Código Rural o agrario que se diga. Sobra. Huelga. Y no deje de observarse que en este juego de la codificación, a la hora de la verdad, se toman tan sólo en consideración un par de agentes que además se distinguen entre sí como las dos caras de una misma moneda, ley y política del Estado de una parte e interés y libertad de la propiedad de otra. ¿Dónde ha quedado la comunidad, este otro agente de derecho agrario que con todo esto parece estar dándose por cancelado? Hagamos las presentaciones. El asalto de la propiedad lo fue ante todo a la comunidad.

4. CONSTANCIA DE COMUNIDAD EN EUROPA

El propio discurso de la codificación produce el espejismo de que el protagonismo de la historia recae en la pareja formada por Estado público y propiedad privada, una pareja bien avenida, según este argumento, si el primero queda al servicio de la segunda. Tal es el paradigma de los códigos. Pero he aquí que había en liza otro personaje importante, el más importante por entonces en el ámbito agrario. Me refiero a la comunidad. Para apreciarlo de entrada, no hace falta todavía venir a América, donde llegaremos desde luego. El reparto de la obra estaba completo por Europa. Como seguimos de

viaje entre Francia y Bolivia, no ya por otras relaciones con España, recalemos todavía por esta península europea (8).

Atendamos a un reciente planteamiento historiográfico especialmente categórico que comienza por contraponerse a las visiones aún predominantes. «La observación a largo plazo de la historia europea entre los siglos XVI y XVIII —nos explica— revela una sistemática recurrencia de prácticas colectivas, cuyos efectos fueron principalmente el mantenimiento del orden social y la abundancia de bienes públicos; no obstante, sobre esta recurrencia poco es lo que la teoría neoutilitarista puede decir, habida cuenta que su lógica antropológica —la del *homo economicus*— predice que, en ausencia de condiciones de laboratorio, la cooperación interindividual es nula o extremadamente precaria», frente a todo lo cual «nuestra perspectiva como historiadores nos faculta para volver a temporalizar el sujeto, arrancándolo de la naturalización de la que comenzó a ser objeto en tiempos de la ilustración y el liberalismo; nos coloca asimismo en condiciones de reconsiderar el ser humano como sujeto histórico» (9). ¿Se reconoce en el contrapunto, entre utilitarismo y economicismo, entre ilustración y liberalismo, el discurso mismísimo de la codificación?

No vaya a pensarse que así donde se nos introduce por un historiador sea en una filosofía comunitarista. No estamos aquí entre teorías ocurrentes, sino entre ocurrencias históricas. Se trata de historia estricta, de la historia de un territorio europeo entre dichos siglos, del XVI al XVIII, en unas vísperas para lo que nos interesa. Está abordándose el estudio de una determinada lógica en práctica, de la lógica comunitaria que no sabe de propiedad estrictamente privada ni aun con las tensiones que pudieran crear los intereses particulares en el aprovechamiento de los bienes comunes. Pues dialéctica existe y es compleja. No se planteaba exactamente entre el individuo y la comunidad, dado que el primero se determinaba entonces por la segunda, comportándose el mismo por lo regular en función comunitaria incluso al moverse por interés propio. No se planteaban en términos de contradicción el derecho del individuo y la práctica de comunidad. Dejemos ahora aparte la cuestión de hasta qué punto por entonces la una tanto como el otro estaban subordinados y eran dependientes. Miremos tan sólo la interdependencia que mediaba entre ellos, entre individuo y comunidad.

He aquí lo que un vecino de El Escorial, localidad cercana a Madrid, podía expresivamente argumentar a finales del siglo XVII en defensa del cerca-

(8) SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO y EUGENIA TORIJANO (eds.): *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, Madrid, 2002.

(9) JESÚS IZQUIERDO MARTÍN: *El rostro de la comunidad. La identidad del campesino en la Castilla del Antiguo Régimen*, Madrid, 2001, pág. 19.

miento de unas tierras para su utilización privada: «Qué derecho más se adquiere por estar zerradas, ninguno, pues, aunque están zerradas, ni se quita el común aprouechamiento por esto, pues, en sacando las mieses, quedan los pastos para el común aprouechamiento como si estuvieran abiertas, luego no se me concede ningún derecho contra el común», el cual por su parte obtiene una renta del cercamiento. No se piense entonces, como suele hacerse hoy, cuando se presupone que la propiedad privada es el destino indeclinable de la historia, que con ello se tratara de estrategias de privatización de tierras comunitarias o de todo *el común*, como se le dijera. La evidencia histórica lo que muestra es una práctica de reciprocidad vecinal entre cosecha particular y pastos comunitarios como entre otras dimensiones entonces de la conducta humana. El cercamiento temporal para explotación agraria enriquecería el propio terreno comunal para provecho ganadero y al *común* mismo.

La reciprocidad era principio constitutivo y tejido operativo de la comunidad. A efectos como los fiscales de pago de impuestos a instituciones entonces dominantes cuales una monarquía o una iglesia, había bienes que podían más o menos temporalmente afectarse a cesión de arrendamientos en mano particular sin que esto cuestionase el fondo comunitario. Entre de una parte el común y de otra el ayuntamiento o concejo de un mismo vecindario, entre comunidad y municipio, el de entonces, que así no se confundían, se podían desenvolver unas operaciones de apoyo mutuo o de sostenimiento en particular del segundo por el primero, del ayuntamiento por el común. Entre bien comunal y el *de propio* o privatizado como recurso contributivo, «¿qué significaba institucionalmente la mutación? La conversión de comunales en propios del concejo implicaba una cesión temporal que la comunidad efectuaba en favor de la organización que le representaba, el concejo rural» (10).

La historiografía hoy más bien situada en las presunciones antropológicas de la propiedad privada y no del dominio comunitario, como destino la primera y no el segundo de la historia, cual pasado sin futuro el uno y presente con porvenir la otra, toma por proceso unidireccional de sobreseimiento de comunidad todo lo que podría ser estrategia de desarrollo y adaptación. La propia dependencia entonces constitutiva del individuo podía reproducir y asegurar la entidad del común. «El reconocimiento intersubjetivo eliminaba los comportamientos anticomunitarios: tal y como afirmaba un vecino de la villa de El Escorial a finales del siglo xvii, transgredir las prácticas territoriales colectivas no equivalía a ir contra el común. La usurpación del patrimonio comunitario dependía, por el contrario, del nivel de desidentificación entre ciertos sujetos con los valores predominantes dentro del grupo campe-

(10) J. IZQUIERDO MARTÍN: *El rostro de la comunidad*, 31, 293-295 y 324-325, para la sucesión de citas.

sino o de su mayor identificación con otras comunidades, por ejemplo la familiar. Por tanto, no se trataba de un conflicto entre el colectivo, por un lado, y el individuo, por otro», sino de toda una historia de juego interindividual por identificación comunitaria, de existencia así del individuo mediante pertenencia a comunidad (11).

La comunidad campesina podía cobrar un significado más que propietario y mucho más que económico. No sólo se trataba de comunitarismo a los concretos y exclusivos efectos de un derecho agrario. «La propiedad comunitaria surgió y persistió no sólo porque contribuía a sustentar materialmente a todos los miembros del colectivo, sino también porque instituía un lenguaje colectivo a través del cual cada participante en el sistema era reconocido por el grupo que le daba identidad, constituyéndolo como sujeto». «El sistema de propiedad pública de la tierra fue algo más que una institución económica», pública por comunal. De esta misma premisa cultural podía depender por entonces, antes del siglo XIX, la legitimidad y sustento del municipio local. «El conjunto de prácticas creado en torno al sistema comunitario resultó asimismo crucial para que los distintos vecindarios reconocieran a sus concejos como organizaciones comunitarias, identificando en el ayuntamiento recursos interpretativos y consolidando las lealtades de sus poblaciones» (12).

Llegado el XIX, entrándose en el período de la codificación, el municipio como criatura del régimen local de Estado y no como expresión de la comunidad humana respectiva comenzará por sustraer espacio donde manejarse y hasta aire que respirar. Se trataba de la descomunitarización, esto es, de acorrallar y ahogar al *común*, a la entidad principal que anteriormente no se confundía con una institución inferior de gobierno como esta municipal resulta ahora. El municipio se transforma durante el XIX, incluso cuando autónomo, en institución dependiente o subsidiaria del Estado. Privatización y municipalización de bienes comunitarios fueron fenómenos paralelos y complementarios.

Antes que una estatalización directa, por entonces, en el XIX, se planteaba ante todo algo más factible, una municipalización del patrimonio comunal, lo cual, de imponerse, bastaría para colocar en posición institucionalmente

(11) J. IZQUIERDO MARTÍN: *El rostro de la comunidad*, pág. 294 citada, por ser el caso escurialense ya aludido. El índice ofrece capítulos de lo más elocuentes no sólo por título: *Ante todo: La naturalización de la identidad locativa en la comunidad rural*, págs. 245-372; *La comunidad, un «mercado social» de la reciprocidad: en torno a la cooperación intervecinal*, págs. 373-552; *La desigualdad reincorporada: reciprocidad centralizada y redistribución de bienes de consumo*, págs. 533-619; *El representante reconocido: la interpretación de la identidad comunitaria*, págs. 621-746.

(12) J. IZQUIERDO MARTÍN: *El rostro de la comunidad*, págs. 248 y 264.

precaria e incluso para hacer oficialmente incomprendible toda aquella lógica histórica o no tanto esto de pretérita pues por la misma Europa, España inclusive, resistirá la comunidad fuertemente, frente a viento y marea, a lo largo al menos de dicha centuria, el siglo clásico de los códigos (13). Reducción del municipio a la órbita del Estado y reducción de la propiedad al universo del mercado son dos factores parejos y complementarios en el desmantelamiento histórico de la comunidad que en Europa acabará usualmente produciéndose, pero no por doquier. No por toda América. No desde luego en Bolivia.

5. *AYLLU QAMAÑA* Y DERECHO AGRARIO EN AMÉRICA

El panorama que acabo de ofrecer de un derecho agrario de raíz comunitaria a las alturas del planteamiento de la codificación en España no responde al propósito de facilitar el tránsito de vuelta a América, donde resulta mayormente palmaria la existencia de la comunidad respondiendo a unos principios análogos de intersubjetividad y reciprocidad. No es así porque no creo que la cuestión sea la misma. Media un factor de diferenciación de primer orden. Me refiero a la situación colonial. Cuando se plantea la codificación, lo que prácticamente significa al efectuarse la independencia, la comunidad específicamente agraria es sociedad de culturas sometidas al colonialismo europeo. Del tiempo anterior no hace falta ocuparse ahora. Y digámoslo así de paladinamente para marcar sin ambages las distancias debidas de vuelta a Bolivia, a la Bolivia del XIX y hasta hoy (14).

(13) El caso jurídicamente mejor estudiado, también por ubicarse en el contexto de un comunitarismo europeo del XIX, resulta el italiano: PAOLO GROSSI: *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milán, 1977, con obra clave el mismo autor interesando a precedentes: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milán, 1992. El caso español conoce un clásico: JOAQUÍN COSTA: *Colectivismo agrario en España. Doctrinas y hechos (1898-1915)*, introducción y edición de CARLOS SERRANO, Zaragoza, 1983, relacionado con una encuesta por sí misma colectiva: Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Derecho Consuetudinario y Economía Popular*, Madrid, 1900-1921; RAFAEL ALTAMIRA: *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890, prólogo de 1924 (*Obras completas. Serie jurídica*, vol. VIII, Madrid, 1929, págs. 13-14), diría que se trataba de poner de manifiesto «formas de propiedad y disfrute que, a juzgar por nuestro código civil, ni existen ni pueden darse». Para Francia interesan LOUIS ASSIER-ANDRIEU: *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, Paris, 1987; JEAN HILAIRE: *La vie du droit. Costumes et droit écrit*, Paris, 1994.

(14) DOMINIQUE TEMPLE: *La dialéctica del don. Ensayo sobre la oikonomía de las comunidades indígenas*, La Paz, 1995, pero, como ya habrá podido sospecharse por la referencia a la comunidad, la contradicción europea que se supone no la había de entrada en la materia es-

Estamos con todo ante comunidades más persistentes y ello no sólo por cuenten con culturas más diversas respecto a la europea presente en América y también entre sí, sino además y sobre todo por razón de que se encuentran con la adversidad ahora de un Estado empeñado en construirse con elementos europeos y no con los indígenas, sin mucha solución de continuidad así la propia independencia, la del Estado. Hoy todavía pueden las comunidades mantenerse algunas a su margen y bastantes incluso al de municipio. No es raro que junto a éste mismo persista la comunidad con entidad propia, *el común* que se decía en castellano como algo distinto a la corporación local y de mayor consistencia además. Incluso puede haber todavía zonas de comunidades sin institución municipal superpuesta, habiendo resistido así con éxito superior al orden de despliegue territorial tanto colonial como de Estado (15).

Bolivia es un Estado que sólo en tiempos muy recientes, tanto como a finales del siglo xx, ha emprendido seriamente la implantación del orden municipal por toda la extensión habitada del territorio. Ha planteado esta municipalización guardando ahora cierta consideración a la comunidad indígena por ver de encajarla definitivamente en el propio mapa institucional del Estado. El plan progresa a duras penas encontrándose con la alternativa de un desarrollo planteado desde una visión bien distinta, precisamente la comunitaria y en concreto, para zona aymara y quechua de Bolivia, la del *ayllu*. Por su parte, las comunidades menos municipalizadas despliegan también la iniciativa de concebir y proponer posibilidades alternativas desde sus propias perspectivas, lo que entre aymaras y quechuas puede decirse *ayllu qamaña*. Interesa porque implica una variante bien caracterizada de derecho agrario y por algo más que apreciaremos, o eso espero (16).

tricta de la *oikonomía* del don y la reciprocidad de esa raíz comunitaria: B. CLAVERO: *Antidota. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, 1991.

(15) SIMÓN YAMPARA HUARACHI: *El Ayllu y la territorialidad en los Andes. Una aproximación a Chambi Grande*, La Paz, 2001. Para muestras de otras zonas, BURKHARD SCHWARTZ: *Yabaicürr - Yabaitucürr - Chiyabaiturrüp. Estrategias neocoloniales de «desarrollo» versus territorialidad chiquitana*, Santa Cruz, s.f. (hacia 1995); ROBERTO BALZA: *Tierra. Territorio y Territorialidad Indígena. Un estudio antropológico sobre la evolución en las formas de ocupación del espacio del pueblo indígena chiquitano de la ex-reducción jesuita de San José*, Santa Cruz, 2001; J. M. FREDDY DELGADO BURGOA: *Estrategias de autodesarrollo y gestión sostenible del territorio en ecosistemas de montaña. Complementariedad ecosimbiótica en el ayllu Majasaya Mujlli, departamento de Cochabamba, Bolivia*, La Paz, 2002.

(16) JOSÉ BLANES (coord.): *Mallkus y alcaldes. La Ley de Participación Popular en comunidades rurales del altiplano paceño*, La Paz, 2000; ANA M.ª LEMA (coord.): *De la huella al impacto. La Participación Popular en municipios con población indígena*, La Paz, 2001; HERNÁN RODRÍGUEZ (coord.): *Relación del gobierno municipal con la comunidad*, La Paz, 2002; HÉCTOR RÍOS (coord.): *Los Ayllus de Tacobamba. Procesos históricos, desarrollo y poder local*, La Paz, 2002.

En lo que toca al derecho agrario, a estas alturas ya no es el de la pura carencia de código, el de aquel modelo decimonónico europeo que fuera efectivamente adoptado por Bolivia como Estado (17). En realidad nunca lo ha sido pues ha persistido hasta hoy con fuerza el derecho indígena de las comunidades. Lo que quiero decir ahora es que ha dejado de serlo también como modelo oficial puro y duro. No hay Código Agrario (18), pero durante el siglo xx y sobre todo en sus postrimerías se forma una legislación equivalente al código que antes se rechazaba implicando el giro un cambio hasta de principios. Ahora se admite la comunidad agraria incluso mediante reforma constitucional y compromiso internacional con el desarrollo legislativo consiguiente (19), pero adviértase también que esto se hace sin revisarse el modelo establecido de los códigos mayores, el civil y el mercantil por supuesto. Es sintomático que a ello se proceda al tiempo y en el contexto del intento de reducción de las comunidades indígenas a la planta de municipios como dependencias de Estado en último término, competencias propias mediante desde luego, más con posibilidades ahora nuevas de planes de desarrollo local. Para los pueblos y comunidades indígenas, «el saldo resulta negativo», dictamina Xavier Albó, analista penetrante y observador sensible (20).

Sigamos ponderando novedades. Cerca de un par de siglos no ha trascurrido en vano. Al menos desde la Ley General del Trabajo de 1942 o más bien, como decreto, desde 1939, o aún mejor, como Constitución, desde

(17) ROSSANA BARRAGÁN: *Indios, mujeres y ciudadanos. Legislación y ejercicio de la ciudadanía en Bolivia (siglo XIX)*, La Paz, 1999; interesando además al arranque de la codificación. Contrasta, ignorando la presencia indígena con toda la ficción consiguiente, MARTA IRUROZQUI: «A Bala, Piedra y Palo». *La construcción de la ciudadanía política en Bolivia (1826-1952)*, Sevilla, 2000.

(18) Ya que el punto de referencia original era Francia, consignemos que, entre una verdadera proliferación ulterior de códigos, en ella existe, desde 1955, *Code Rural*: B. CLAVERO: «Código como fuente del Derecho y desagüe de Constitución», págs. 95 y 99, en PAOLO CAPPELLINI y Bernardo SORDI (eds.): *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milán, 2002, págs. 69-147, analizándose y evaluándose colectivamente la evolución y deriva.

(19) SECRETARÍA NACIONAL DE PARTICIPACIÓN POPULAR DEL MINISTERIO DE DESARROLLO HUMANO: *Indígenas en el Poder Local*, Bolivia, 1997; MINISTERIO DE ASUNTOS CAMPESINOS, PUEBLOS INDÍGENAS Y ORIGINARIOS: *Compendio de Legislación Indígena*, La Paz, 2001, incluyendo reforma constitucional de 1994 y ratificación precedente, en 1991, del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas, de la Organización Internacional del Trabajo, el compromiso más que constitucional al que me refiero. Coherentemente, el sitio web del Tribunal Agrario Nacional (<http://tan.poderjudicial.gov.bo>) incluye dicho convenio internacional entre la *Legislación Agraria*.

(20) Entre otras ocasiones, al hilo de su comentario a un volumen citado, W. ASSIES, G. VAN DER HAAR y A. HOEKEMA (eds.): «El Reto de la Diversidad», en *T'inkazos. Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, 9, 2001, págs. 173-178. Para el encuadramiento en el espacio andino, X. ALBÓ: *Pueblos indios en la política*, La Paz, 2002.

1938, hay también un derecho laboral corrigiendo seriamente un modelo que, como el de los códigos, cancelaba su posibilidad misma, igual que la del derecho agrario. Esa ley excluye explícitamente de su régimen general el trabajo en este sector (21). más las novedades se dan. En 1938, como veremos, se ha producido el reconocimiento constitucional de la comunidad indígena y esto por virtud de dicha misma Constitución que sienta bases para un derecho del trabajo individual y sindical. Produciéndose unos cambios por determinación del Estado, el mismo va cobrando un papel muy superior a lo previsto en un inicio. Su intervención se aplica y acentúa desde 1953 con la reforma agraria, de la cual proviene el derecho y la justicia de tal carácter. Mas así, con *Derecho* tanto *Agrario* como *del Trabajo*, con comunidades indígenas y con instituciones sindicales, se trata tan sólo, por mucha novedad que entrañen, de regímenes especiales. Unos códigos, los mayores, aún imperan. La propiedad privada sigue primando. El mercado no cede posiciones. La comunidad encuentra realmente poco espacio apropiado en el escenario del momento. No lo tiene su lógica restrictiva de propiedad y mercado por función económico-social y hasta cultural conforme a razón propia de grupo humano distinta a la de reforma agraria aun cuando vengan ambas lógicas a intentar agregarse (22). Sin necesidad de entrarse en mayores deta-

(21) Ley General del Trabajo, art. 1: «La presente ley determina con carácter general los derechos y obligaciones emergentes del trabajo, con excepción del agrícola que será objeto de disposición especial...». La incorporación del trabajo agrario a la LGT, en buena parte todavía pendiente, se plantea en 1996 por la última ley de reforma agraria ya citada (Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria, disposición final cuarta) mediante el signo de la especialidad («sujeta a régimen especial»), del cual luego trataré.

(22) Constitución, art. 169: «El solar campesino y la pequeña propiedad se declaran indivisibles, constituyen el mínimo vital y tienen el carácter de patrimonio familiar inembargable de acuerdo a ley. La mediana propiedad y la empresa agropecuaria reconocidas por ley gozan de la protección del Estado en tanto cumplan una función económico-social, de acuerdo con los planes de desarrollo». Viene a plantear en 1996 la agregación entre lógicas la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria más conocida por Ley del INRA (Instituto Nacional de Reforma Agraria), art. 2: «I. El solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunitaria y las Tierras Comunitarias de Origen cumplen una función social cuando están destinadas a lograr el bienestar familiar o el desarrollo económico de sus propietarios, pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias, de acuerdo a la capacidad de uso mayor de la tierra. II. La función económico-social en materia agraria, establecida por el artículo 169 de la Constitución Política del Estado, es el empleo sostenible de la tierra en el desarrollo de actividades agropecuarias, forestales y otras de carácter productivo, así como en las de conservación y protección de la biodiversidad, la investigación y el ecoturismo, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, el interés colectivo y el de su propietario». Reglamento de esta ley (2000), art. 237: «Se entenderá que el Solar Campesino, la Pequeña Propiedad, las Propiedades Comunitarias y las Tierras Comunitarias de Origen cumplen las función social cuando sus propietarios o poseedores demuestren residencia en el

lles ni de esperarse a ulteriores desenvolvimientos, puede decirse que tampoco parece que haya para parte indígena saldo positivo (23).

Existe dicha otra posibilidad diferenciada, si no incluso alternativa, la de *ayllu qamaña*, la cual, respondiendo a su propia lógica de fondo comunitario en materia más que agraria, no se deja reducir por Código ni por otra ley de Estado que valga ni equivalga. *Ayllu qamaña* significa precisamente esto, el desarrollo social desde la perspectiva de comunidades quechuas y aymaras que se mantienen vivas como tales, como colectividades no sólo aplicadas a recursos agrarios, sino a toda la propia socialidad. La tierra es la base. Lo es un régimen de comunidad complejo con experiencia y capacidad para el aprovechamiento sustentado de la propia ecología. Toda una cultura tanto material como espiritual constituye y activa comunidad. El derecho es diverso aun habiendo elementos contiguos y hasta tangentes. Tanto la propiedad como el mercado no quedan desde luego excluidos, pero constituyen funciones derivadas para un sistema que no se funda en ellos, sino en comunidad. *Qamaña* puede decirse en aymara lo que cuenta con sus propias expresiones y categorías en otras lenguas y culturas (24). No olvidemos que los pueblos indígenas han creado y mantienen órdenes comunitarios, de ayllu u otros, en el aprovechamiento de la tierra y reproducción de los recursos entre condiciones medioambientales, tanto de cordillera como de selva, impensables para Europa y de cara a las cuales la cultura europea carece de ex-

lugar, uso o aprovechamiento tradicional de la tierra y sus recursos naturales, destinados a lograr el bienestar o desarrollo familiar o comunitario, según sea el caso, en términos económicos, sociales o culturales», como signo más expresivo esto último, lo cultural, del derecho indígena ignorado al principio de esta trayectoria constitucional, en 1967, y de cuya agregación está ahora tratándose.

(23) MIGUEL URIOSTE: *50 años de Reforma Agraria en Bolivia. La reforma agraria abandonada: altiplanos y valles*, ofrece en internet esquema (<http://www.ftierra.org/Documentos/50 por 10020a por 100C3 por 100B1os/MUrioste/1>) y exposición (http://www.ftierra.org/Publicaciones/RABANDONADA_archivos/RABANDONADA.htm) de evolución desde el decreto de 1939 a la aplicación hasta 2003 de la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria de 1996 entre expectativas y frustraciones, entre mercado de la tierra y resistencia indígena. El sitio oficial del Instituto Nacional de Reforma Agraria (<http://www.inra.gov.bo/portallINRA/DesktopDefault.aspx>) elude la historia. Hay perspectivas, análisis y prospectivas: IRENE HERNÁIZ y DIEGO PACHECO: *La Ley INRA en el espejo de la historia*, I, *Dos siglos de reforma agraria en Bolivia*, y II, *Propuestas de modificación*. La Paz, 2000-2001; M. URIOSTE y D. PACHECO (eds.): *Las tierras bajas de Bolivia a fines del siglo XX: Tenencia, uso y acceso a las tierras y bosques*, La Paz, 2001; *Reforma Agraria 50 Años. Tierras Comunitarias de Origen y tierras campesinas*, número monográfico de *Artículo Primero. Revista de Debate Social y Jurídico*, 14, 2003; anteriormente, con reflexión bibliográfica hasta el momento, M. URIOSTE: *Fortalecer las Comunidades. Una utopía subversiva, democrática... y posible*, La Paz, 1992.

(24) B. SCHWARTZ: *Yabaicürr - Yabaitucürr - Chiyabaiturrüp*, págs. 239-243.

perencia y hasta de imaginación salvo en términos de extracción y explotación de recursos naturales y de seres humanos (25).

Entre el siglo XVI y los albores del XXI, ni el colonialismo hispano ni el Estado boliviano han sido para plantear o ni siquiera para concebir alternativas plausibles a un comunitarismo indígena, algunas que no les reduzca a derivadas y funciones de un modelo tan foráneo como disfuncional o que esto intenten. La frustración de Bolivia como Estado constitutivamente compuesto de ingredientes de matriz europea ofrece la evidencia palmaria. Entre la ignorancia, la prepotencia y hasta el hostigamiento de parte ajena ya enquistada, y la resistencia, la reserva e incluso el acomodo de la propia, transcurre una larga historia también para las comunidades indígenas. Lo que ahora puede mayormente interesarnos es que, aun con todo el deterioro sufrido y con todo el acoso persistente, se sientan y encuentren en condiciones de concebir y plantear proyectos propios de desarrollo comunitario no sólo económico, sino más integral por constitutivamente social.

Observemos atentamente. No reduzcamos el comunitarismo indígena a la dimensión agraria. No enterremos literalmente culturas integrales en vida. Para el ayllu mismo, vale hoy todo lo referido de identidad y de legitimidad, de identificación de los individuos mediante pertenencia comunitaria y de legitimación de las instituciones propias a partir de la misma comunidad. Y despejemos equívocos. Lo que pueda apreciarse de socialidad comunitaria para una Europa pretérita cabe que sea experiencia viva de una América actual no porque haya un retraso en el tiempo, sino porque se tienen pasado distinto, presente alternativo y futuro propio. El presente acusa y puede develar historia como también la viceversa, esto es, la historia abrir los ojos al presente. A veces o incluso a menudo se cae todavía en el prejuicio de la confusión de tiempos, reputándose por primitivo lo que es contemporáneo y tiene su propia trayectoria. En ocasiones se toma el presente indígena cual testimonio de humanidad asimilable a la pretérita de Europa, como si sólo

(25) MARTÍN AGUILAR (coord.): *Terrazas agrícolas. En busca de una estrategia étnica y cultural de desarrollo rural andino*, La Paz, 2002; S. YAMPARA HUARACIII: *El Ayllu y la territorialidad en los Andes*, págs. 50 («ayllu qamaña, organización para el bien vivir»), 141 («qamaña, vivir bien en armonía con todos y entre todos»), 149 («qamaña es aproximadamente igual a la sumatoria del crecimiento material, más crecimiento biológico, más el crecimiento espiritual, más el gobierno de los ecosistemas») y 161-165 (*Glosario aymara con el concepto compuesto de ayllu qamaña: «Organización de la vida en el Ayllu» y a partir del mismo*). Es libro también con epígrafes expresivos de contenidos incitantes: *Jach'a Champi uraqipampi qamawir sartata - Ejercicio territorial del Ayllu*, págs. 105-122; *Ayllu qamawiru kuttaña - Refuncionalización del Ayllu*, págs. 123-142, más las debidas *Tuktaya - Conclusiones*, págs. 143-157, retomando cuestiones de entrada: *Ayllunak Markanakan uraqxpata yatxataña - Territorialidad andina y su conceptualización*, págs. 53-69.

hubiera un único sentido y curso del tiempo, donde además algunos de entre los seres humanos, los de dicha matriz europea, anduviéramos por fases más modernas que todo un resto rezagado. En América, abundan las visiones cargadas con estos prejuicios. Nos conducen a un panorama sesgado donde se figuran, de una parte, una comunidad, la indígena, reteniendo un pasado sin futuro y, de otra, una propiedad, la de mercado, gestando un futuro con presente que piensa enteramente suyo. El tiempo es lo primero que se apropia.

6. HIPOTECA DOMÉSTICA DE CÓDIGOS Y AVAL INTERNACIONAL DE COSTUMBRES

Bolivia se dota de Código Civil en 1831, un código que perdura hasta 1973. En el contexto latinoamericano, resulta un caso notable tanto por pionero como por duradero, esto reformas mediante desde luego (26). Fiel al texto francés, poco menos que traduciéndolo al propósito de sentar la autoridad y fuerza de la ley, quintaesenciando, presenta un título preliminar de identificación del ordenamiento, *De la publicación, efectos y aplicación de la ley en general*. Con ésta, con la ley se identificaría el derecho. De su obligatoriedad se trata. Según asumían los códigos de procedimiento, la justicia habría de consistir en aplicación de ley. No hay previsión de ningún otro componente del ordenamiento. Y la ley es determinación del Estado. La codificación misma no es otra cosa que ley. La misma, toda la panoplia de los códigos, puede constituir en América un mecanismo pronto y un escenario dispuesto para la cancelación no solamente de derecho agrario, sino de derecho indígena sin más, con todo lo que pueda implicar de socialidad no tan sólo a su vez rural (27).

En 1973, se produce la entrada en vigor de un nuevo Código Civil que suprime el título preliminar de identificación entre el derecho y la ley. Le sigue en 1976 un Código de Procedimiento Civil que se ocupa de mantener la posición de la ley como manifestación del ordenamiento prácticamente en exclusiva (28). Ha quedado establecido el modelo de la codificación que se

(26) Ya que España también ha sido referencia, digamos que su caso se significa, aun con episodios como el de 1820, precisamente por lo reacio y tardío: MARTA LORENTE: *La voz del Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, Madrid, 2001.

(27) Código Civil (1831-1973), art. 1: «Las leyes obligan en todo el territorio boliviano...», etc. (véase Apéndice I). No me detengo en la circunstancia de que no figurase, pero si se previera, entre los primeros códigos el de comercio, como tampoco en el extremo de que el mercado de la tierra se viera más limitado por el civil boliviano que en el modelo francés.

(28) B. CLAVERO: *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, 2000, págs. 141-233: *Aventuras y desventuras de Napoleón, el Código*.

tiene por paradigma literal de civilización, si no por parte de la humanidad entera desde luego ni tampoco por toda la comprendida entre las fronteras de Bolivia, ni siquiera aquí por la mayoría, al menos por quienes inspiran y conducen la institución y el desenvolvimiento de una buena parte de Estados, inclusive en esto Bolivia (29). La sustitución del Código Civil en 1973 puede presentarse como una superación del puro mimetismo, pero el modelo de fondo, el de régimen de códigos, no ha cambiado (30).

La Constitución por su parte acostumbraba guardar silencio literal y de fondo sobre la existencia de una clara mayoría, la indígena, formulándose toda ella, la norma constitucional, conforme a planteamientos de procedencia europea. Es la pauta de todas las Constituciones bolivianas a lo largo del siglo XIX. El primer reconocimiento constitucional de dicha presencia se produce en 1938 y en términos bien significativos doblemente, por determinación de Estado y por registro de comunidad: «El Estado reconoce y garantiza la existencia legal de las comunidades indígenas» (31), más habremos de ver si el cambio en la Constitución es del mismo signo que el del Código. De momento Bolivia queda constituida del modo que autorizadamente nos dice Ricardo Calla. Unas posibilidades constituyentes indígenas efectivamente planteadas con carácter previo, hacia 1780, fueron canceladas primero por el colonialismo hispano y luego por la independencia boliviana (32).

Sigamos señalando datos palmarios que, a fuer de patentes, no siempre se advierten. Los códigos, como las otras leyes y como la Constitución misma, se producen en castellano, lengua de una minoría claramente a aquellas

por América. *Transplantes ladinos y resistencia indígenas*, pág. 163, para el dato histórico boliviano en el contexto comparativo.

(29) VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (ed.): *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, 1997, págs. 31-55; B. CLAVERO: *Legislación Universal para Pueblos Modernos (1868-1914): Un programa de textos para una comunidad de naciones*. La cita expresiva del encabezamiento primero, la del cumpleaños de Francisca Cernadas, la esposa del mariscal Santa Cruz, se la debo a Rossana Barragán.

(30) Discurso del Presidente de la Corte Suprema, ante la renovación del Código, inaugurando el año judicial de 1973: «Los Códigos adoptados en ese momento [1831], como se ha hecho notar hasta el cansancio, sólo constituían copias serviles de legislaciones extranjeras, ajenas por completo a la fisonomía económica, social y política de nuestro país» (CARLOS CASTRO RODRÍGUEZ: *Historia Judicial de Bolivia*, La Paz, 1987, págs. 397-398; énfasis del discurso).

(31) Entre otros silencios y también otras proclamaciones: B. CLAVERO y RAQUEL YRIGOYEN (eds.): *Pronunciamientos indígenas de las Constituciones Americanas*, en <http://www.alertanet.org>.

(32) SINCLAIR THOMPSON: *We Alone Will Rule: Native Andean Politics in the Age of Insurgency*, Madison, 2002; SERGIO SERULNIKOV: *Subverting Colonial Authority: Challenges to Spanish Rule in Eighteenth-Century Southern Andes*, Durham, 2003.

alturas de formulación del modelo con el propósito no sólo de promoverse, sino de implantarse. Mas no se plantea verter unos códigos al quechua, al aymara, al guaraní ni a cualquier otra lengua indígena, la lengua del derecho agrario más efectivo, el derecho de las comunidades, el derecho negado por la codificación ante todo por la razón de que sus principios constitutivos no fueran de propiedad y mercado. ¿Qué iba a hacer un ordenamiento como aquél en unas lenguas como éstas? Su designio era cancelarlas junto a todos los elementos de unas culturas. ¿Qué sentido iba a tener hacer uso de aquello mismo cuya desaparición se daba por hecha?

Y el derecho es la ley o tal cosa se pretende. Fuera de la segunda y así fuera del primero para el planteamiento del Estado, el orden agrario comunitario no tiene sencillamente espacio. Lo logra de hecho inferior en 1973 que en 1831, habiendo sido ya más bien marginal en el primer Código Civil (33). Si resulta entonces y luego tan sólo costumbre, pues resiste y permanece operativo, lo es al margen del ordenamiento conforme el Estado lo entiende y determina (34). Resulta derecho consuetudinario en un sentido tan peyorativo que ni siquiera implica el carácter de tal, de derecho, en sentido propio que estructure sociedad y determine justicia, esto para una perspectiva ajena, no para la propia por supuesto (35). Sin embargo, tampoco dejemos de advertir que, cuando se revalida en 1976 el sistema voluntariosamente legalista, la justicia agraria ya es constitucionalmente autónoma de la civil tenida

(33) Por haber intentado extenderse al Perú, aquel Código primero se comprende en el estudio de CARLOS RAMOS NÚÑEZ: *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*, vol. II, *La Codificación del siglo XIX: Los Códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*, Lima, 2001, registrándose algunas modificaciones respecto al modelo francés en consideración de propiedad familiar y comunal. A invitación del autor, prologué el volumen acentuando estos extremos comparativos.

(34) Como bien se sabe, el Código de Procedimiento de 1976 admite, a falta de ley, principios, analogía y equidad con vinculación a ley y derivación de ley todo ello (Art. 193: «Falta de ley expresa. El juez no podrá dejar de fallar en el fondo de las causas sometidas a su juzgamiento, bajo pretexto de falta, oscuridad o insuficiencia de la ley, ni salvar los derechos de los litigantes para otro proceso. Deberá fundar su sentencia en los principios generales del Derecho, las leyes análogas o la equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado»). Si pensamos en otro posible ordenamiento o componente del mismo como el consuetudinario, encontramos que en esta ley directriz de la justicia la única costumbre que se contempla es la de un exceso (Art. 445: «Tachas absolutas. No podrán ser creídos como testigos: 2. Los ebrios consuetudinarios...»).

(35) RODOLFO STAIVENHAGEN y Diego ITURRALDE (eds.): *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, 1990; MARCELO FERNÁNDEZ OSCO (coord.): *La Ley del Ayllu. Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (Justicia Mayor y Justicia Menor) en comunidades aymaras*, La Paz, 2000, presentación del autor, comentarios —de R. YRIGOYEN, S. THOMPSON y mío— más réplica en *T'inkazos Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, 8, 2001, págs. 167-173, y 9, 2001, págs. 11-44.

por *ordinaria*. No habría por qué venirse ateniendo a su régimen de fuentes ni siquiera en términos de primacía de ley sobre otras. Luego veremos (36).

Ni en 1831 ni en 1976 aparece para nada la costumbre entre los componentes oficiales del derecho, ya no digo con consistencia propia de ordenamiento efectivo. Lo hace como derecho indígena en 1991, con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre Pueblos Indígenas que reconoce algo más que la costumbre: «Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos»; «los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural»; «al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario»; «dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio». A esto sigue la reforma constitucional y la legislación agraria de los años noventa del pasado siglo (37).

Ahora contrastaremos el desenvolvimiento. De momento, por una vía realmente inesperada para las previsiones imaginables en el mundo de los códigos, pues resulta a través de un tratado internacional de carácter multilateral que incide en el orden sustantivo tanto político como civil, viene no sólo a reconocerse costumbre indígena, sino además a situársele en escenario y perspectiva de dignificación y capacitación. No es éste, el de procedencia internacional, ordenamiento de Estado, como los códigos y las otras leyes, pero es derecho que le compromete a él y a todos sus productos norma-

(36) Como en seguida comprobaremos, la autonomía de la justicia agraria respecto a la civil u ordinaria se constitucionaliza en 1967, con el interés añadido de que de que podrá posteriormente, desde 1994, vincularse a reconocimiento de derecho indígena por virtud de la Constitución misma. Otro asunto es cómo ocurra.

(37) Ya me he referido a todo ello, inclusive el tratado de la OIT ratificado por Bolivia, como textos obligados del derecho indígena en la parte y forma que se reconoce por el Estado. El sitio web citado de la judicatura agraria recoge entre las leyes agrarias el convenio internacional. Las citas remiten a sus artículos 5.b, 7.1, 8.1. La misma OIT se encarga, para la supervisión que le toca, de registrar el desarrollo normativo del convenio: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_country=BOL&p_classification=21&p_origin=COUNTRY, para Bolivia.

tivos generales y particulares. A lo que ahora nos interesa, si se hace honor del compromiso, todo el orden agrario de fondo comunitario ha de emerger y no para quedar a disposición del Estado, del ejercicio de sus poderes, pues se hace declaración de garantías y previsión de procedimientos para que el derecho indígena no se vea acosado ni lesionado. Por vía de ratificación de un instrumento internacional, ¿no se ha reconocido un principio como el de *ayllu qamaña*? Reléase: «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades...». Habrá de tomarse en serio por mucho que cueste a quien ratifica (38).

7. REFORMA CONSTITUCIONAL Y PERSISTENCIA COMUNITARIA

Sintomáticamente, durante el desenvolvimiento que se produce a partir de 1991, es al mismo tiempo y en un mismo apartado como se efectúa la constitucionalización pareja del derecho indígena y de la justicia agraria. El paso se ha dado con la reforma constitucional de 1994 (39). Puede entenderse que ambos reconocimientos constitucionales se encuentren ahora estrechamente vinculados por vecindad tan propinqua y más aún por eximirse constitucionalmente la jurisdicción agraria de la que se dice *ordinaria*: «No corresponde a la justicia ordinaria revisar, modificar y menos anular las decisiones de la judicatura agraria». Tal misma exención parece así que debiera ahora ofrecer cauce, cobertura y competencia al derecho indígena (40), mas

(38) Como ilustración de la dificultad que implica para los Estados, para todos sus poderes inclusive el judicial, el reconocimiento efectivo de costumbre por ratificación de dicho Convenio sobre Pueblos Indígenas en un caso de lo más expresivo, B. CLAVERO: «Ley nacional y costumbre indígena. Enseñanza de Costa Rica», en *Revista de Estudios Políticos*, 102, 1998, págs. 181-192.

(39) Para una exposición de su planteamiento y desarrollo, DONNA LEE VAN COTT: *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburg, 2000, págs. 123-219.

(40) Tengamos presentes los pronunciamientos constitucionales: art. 171: «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, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones; II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos; III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado»; art. 176: «No corresponde a la justicia or-

no resulta exactamente de ese modo en el ulterior desarrollo legislativo y jurisprudencial. Aun para introducir novedades, se sigue el tracto anterior de derecho de Estado. Frente a lo que cupiera esperar a estas alturas no sólo por las disposiciones constitucionales, sino también por las internacionales a partir de la ratificación del convenio susodicho de la Organización Internacional del Trabajo, dicho desarrollo se produce conforme a la cultura de la codificación, esto es, por ley y justicia del Estado y no por norma y jurisdicción de la comunidad, ley y justicia también al cabo, sólo que ya no subsidiaria del Estado. Resultan especialmente expresivos en esta línea los registros competenciales de la justicia agraria bajo ley por supuesto incluso para dar entrada procesal a derecho indígena ya constitucionalmente reconocido (41). Incluso con la mediación legislativa, incluso así, otro desarrollo jurisdiccional sería imaginable y tal vez factible (42).

En todo caso adviértase que la Constitución misma todavía presagia, pues no es que determine, el desarrollo habido. Derecho indígena y justicia agraria son efecto de reconocimiento en el mismo título de *Régimen agrario y campesino* perteneciente a una sección de *Regímenes especiales*. Ni una ni

dinaria revisar, modificar y menos anular las decisiones de la judicatura agraria cuyos fallos constituyen verdades jurídicas, comprobadas, inamovibles y definitivas». El apartado compartido es el título III, *Régimen agrario y campesino*, de la parte III, *Regímenes especiales*, lo que luego también comento. El art. 176, el de la exención jurisdiccional, procede, como ya he indicado, de la Constitución de 1967, haciéndolo directa y literalmente con coincidencia hasta en la numeración, pero lo que estoy queriendo destacar es el sentido que ahora cobra y del que antes carecía.

(41) Conforme a Constitución, art. 176 recién citado, Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria, art. 31.I: «La Judicatura Agraria es independiente en el ejercicio de sus funciones y está sometida únicamente a la Constitución Política del Estado y a las leyes»; art. 78: «Los actos procesales y procedimientos no regulados por la presente ley, en lo aplicable, se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil», cuyo régimen legalista de fuentes ya conocemos. Reglamento de esta ley ya también citado, art. 260.I: «Se efectuará la participación indígena en el Procedimiento de Saneamiento de Tierras Comunitarias de Origen mediante a) El concurso de sus autoridades...» de forma así muy subsidiaria y a unos efectos muy inferiores a los previsibles y postulables por el reconocimiento constitucional visto.

(42) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Justicia Comunitaria*, La Paz, 1997, particularmente vols. 5 (R. CALLA: *Justicia indígena y derechos humanos. Hacia la formulación de una política estatal de la diferencia*), 8 (LORENA OSSIO y SILVANA RAMÍREZ: *Análisis jurídico*), 9 (RAMIRO MOLINA RIVERO: *El derecho consuetudinario en Bolivia. Una propuesta de ley de reconocimiento de la justicia comunitaria*) y 10 (S. RAMÍREZ y L. OSSIO: *Propuesta normativa para el reconocimiento de la justicia comunitaria*). Respecto a la frustración, podría ser sintomático que se encuentre aún en blanco (consulta del día 7 de mayo, 2004) una página abierta para Bolivia, Organización Internacional del Trabajo mediante, bajo el concepto de *Comunidad Nativa* (púlsese en <http://www.oitandina.org.pe/activi/ria/derecho/derecho-nacional/bolivia/leybolivia.html>), pero es sitio todavía todo él en construcción.

otra cosa, ni derecho indígena ni justicia agraria, comparece en lo que puede considerarse entonces el *régimen general* de la Constitución (43). Si no se hace otra previsión, como no la hay, la especialidad es cosa que queda naturalmente sujeta a la lógica de la generalidad. Está a sus resultas. Toda la Constitución es desde luego Constitución, pero, por su misma concepción y estructura, por su propio discurso normativo y despliegue institucional, no toda ella encierra igual valor entre principios y derivaciones o también así excepciones. Los unos resultan extensibles tanto como las otras retráctiles.

La Constitución *general* prima en definitiva sobre la Constitución *especial* fijando alcance teórico y posibilidades prácticas. La primera sigue siendo, sin revisión de fondo, la propia de la cultura de códigos, la que presume e impone, o tal cosa intenta, que no hay más ley ni más justicia que las del Estado así como que el ordenamiento jurídico precisamente consiste en dicha legislación y dicha jurisprudencia, las producidas por los poderes constitutivos del Estado, el legislativo y el judicial. En la segunda, la *especial*, es donde figuran derecho indígena y justicia agraria.

No es otro que el de la Constitución *general* y así del régimen de códigos el pie de entrada del título de *Régimen agrario y campesino*: «Las tierras son del dominio originario de la Nación y corresponde al Estado la distribución, reagrupamiento y redistribución de la propiedad agraria conforme a las necesidades económico-sociales y de desarrollo rural». Son principios procedentes de la reforma agraria no muy favorables ciertamente a la comunidad indígena por cuanto que comienza nacionalizando o, mejor dicho, estatalizando, esto es, ignorándola de entrada, el Estado a la comunidad en el arranque clave de la determinación normativa y política, aunque luego pueda venir a tomarla en consideración. El uno, el Estado, es sujeto y la otra, la comunidad, resulta objeto (44). Ante tal posición del Estado y de la Nación

(43) La doble incomparecencia no creo que la desmientan detalles como el de que entre las competencias del Presidente de la República figure «ejercer la autoridad máxima del Servicio Nacional de Reforma Agraria. Otorgar títulos ejecutoriales en virtud de la redistribución de las tierras, conforme a las disposiciones de la Ley de Reforma Agraria, así como los de Colonización» (art. 96.24).

(44) Al artículo constitucional 165, el citado, primero del apartado, no dejan de seguirle otros pronunciamientos abundando en el paradigma de Estado. No es impertinencia recordarlos: «... Se garantiza la existencia de las propiedades comunarias, cooperativas y privadas. La ley fijará sus formas y regulará sus transformaciones» (art. 167); «el Estado planificará y fomentará el desarrollo económico y social de las comunidades campesinas...» (art. 168); «el Estado regulará el régimen de explotación de los recursos naturales renovables...», todo ello en el mismo apartado de especialidad con carácter inmediatamente previo al reconocimiento de derecho indígena. Se trata de pronunciamientos constitucionales procedentes de tiempo anterior a la reforma de 1994. Otro augurio puede cifrarse en el encabezamiento segundo, el quechua, de estas páginas pues conoce versión constitucional al registrarse ahora concreta-

que se le identifica, de la institución y de la comunidad política y constitucional, ¿qué espacio realmente le queda a norma y jurisdicción indígenas?

Actualmente, tras la reforma de 1994, el derecho indígena se sitúa en la Constitución dentro de un mismo apartado en lugar intermedio entre apoderamiento del Estado respecto a la tierra en el primero y justicia agraria en el tercero sin articularse en el texto ni conjugarse en su desarrollo este trío de elementos, sin que particularmente el derecho indígena marque ahora, tras 1994, la transición que rija la justicia agraria. El primer y el tercer elemento son anteriores pues proceden de la reforma agraria y se han constitucionalizado previamente, habiendo venido a incrustarse en medio el registro del derecho indígena. Ha venido a colocarse prácticamente en el lugar del reconocimiento anterior de las *organizaciones sindicales campesinas*, las cuales desempeñaban un papel en el orden agrario que no han heredado las comunidades indígenas a pesar de la sustitución tan directa en el mismo lugar constitucional (45). El derecho agrario no acaba de vincularse o ni siquiera de adaptarse a derecho indígena. La judicatura agraria se mueve en una frontera difusa entre ley de Estado y costumbre de comunidad sin capacidad constitutiva, autónoma constitucionalmente y todo, para conjugar elementos y recomponer escenario (46).

Constitucionalmente, queda ahora el derecho indígena como especialidad respecto a especialidades y no sólo a generalidad. Se incrusta dentro de un *régimen especial* precedente que todavía lo postergaba, el de la reforma agraria, pues no conocía éste de *qamaña* ni de principio alguno similar por-

mente en la Constitución de Ecuador (art. 97.20: «*Ama quilla, ama llulla, ama shua*. No ser ocioso, no mentir, no robar»). A los efectos de la identificación del derecho agrario, *Ama llunku* podría a su vez traducirse por «no ser subsidiario».

(45) Baste mirar el texto original, el de 1967, de la Constitución vigente, donde en el título de *Derecho agrario y campesino* comparecen el apoderamiento del Estado y la justicia agraria (arts. 165-176), con la transición de «las organizaciones sindicales campesinas» el mismo artículo y en la posición primaria que ahora en cambio corresponde a pueblos y comunidades indígenas (art. 171 original: «El Estado reconoce y garantiza la existencia de las organizaciones sindicales campesinas»; compárese con el actual citado). Las Constituciones anteriores de 1945 y 1947, ya con acento sindical, habían en cambio mantenido el reconocimiento de la comunidad indígena procedente de 1938. No es necesario adentrarse aquí en las vicisitudes e intermitencias de estos textos constitucionales como tampoco en ulteriores matices del actual.

(46) Puede consultarse el sitio web ya citado de esta judicatura. En las jornadas de Tarija a las que se deben estas páginas fue precisamente sensible e incisiva respecto a cuanto señalo la ponencia de ESTEBAN MIRANDA: *Derecho agrario y acceso a la justicia*. Y digo lo de precisamente porque se trata del Presidente del Tribunal Agrario Nacional, la corte suprema de esta justicia autónoma, bien que, convendrá añadir, su sensibilidad no parece mayoritaria en el seno del tribunal ni suele alcanzar reflejo en la jurisprudencia agraria.

que reconociera la presencia de comunidad. Los cánones formalmente constituidos, tanto los *generales* como también los *especiales*, no pasan a revisarse en el terreno estrictamente constitucional a la luz de unas novedades, las de reconocimiento ya comprometido de derecho indígena. Lógicas adversas se estratifican y la última sufre el peso. La entrada indígena resulta excepción en la excepción, una excepción redoblada. Hay entonces más continuidad que cambio. El derecho agrario indígena venía sufriendo una doble negación, por indígena y por agrario. Constitucionalmente, esto puede traducirse en el juego restrictivo de la doble excepción.

Con el registro en la Constitución se trata de un apartado en sentido más que literal y mayor incluso que el figurado. Sintomáticamente, quienes se mantienen en el universo del paradigma de Estado y más aún quienes siguen recluidos en el mundo de la codificación, tal y como si fuera inimaginable cualquier otra cultura del derecho, no consiguen concebir posibilidades de autonomía normativa y jurisdiccional indígena sino en términos textuales de *apartheid*, tal y como si se tratara de un mundo no sólo aparte, sino además irrelevante, perfectamente marginal (47). La Constitución de Bolivia, porque tantee y hasta contenga elementos, no pone todavía la diligencia precisa para que otro horizonte finalmente se abra. La justicia agraria no tiene campo y la indígena todavía menos para hacerse siquiera espacio en el ámbito constitucional. «Multiétnica y pluricultural» es como se declara solemnemente Bolivia desde la reforma de 1994 sin que esto conduzca a revisión ni cuestionamiento del patrón europeo o, dicho de otra forma, el *régimen general* (48).

Con su juego de generalidades y especialidades, reglas y excepciones, el índice de la Constitución permanece prácticamente impenetrable. Parece que,

(47) C. CASTRO RODRÍGUEZ: *Historia Judicial de Bolivia*, por vía de silencio, de un silencio compartido por toda una cultura dominante del derecho desde luego, da por hecho que las jurisdicciones indígenas no forman parte de una tal historia judicial, mientras que tiene su entrada en cambio una justicia colonial, quiero decir la española pretérita de una Audiencia de Monarquía.

(48) Constitución, art. 1: «Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos», lo que procede de la reforma de 1994 salvo la calificación de «participativa» que pertenece a la de 2004, la cual también añade un párrafo segundo de origen casi literal europeo: «Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la justicia», consistiendo la variante respecto a España (Constitución, art. 1.1) en un cambio del verbo y en la supresión del «pluralismo jurídico», quizás superfluo como «valor superior» cuando el registro viene en un segundo lugar tras reconocerse una pluralidad más de fondo, bien que al tiempo con un énfasis en unidad conjurando posibilidad federal: «República unitaria».

entre el catálogo de derechos de la persona considerada como «miembro del Estado» y la proliferación de regímenes especiales incluso para instituciones estatales, persisten toda una concepción y todo un ordenamiento que no se prestan en absoluto a la apertura de horizonte (49). Que unos giros de lenguaje no nos despisten. Dicha construcción del sujeto individual como titular de derechos en dependencia del Estado, cual criatura suya, es, como advertimos, la concepción genuina de la cultura de la codificación. Se ha dado el cambio fundamental de que el beneficiario ya no sea tan sólo el varón propietario, pero la determinación de Estado sigue operando a efectos teóricos y prácticos. El sujeto previo al mismo, el que decimos indígena o que también se dice originario, sufre especialmente todavía la dependencia (50).

8. RECOMPOSICIÓN DE DERECHO

El horizonte debiera estar abriéndose camino desde 1991, a partir y en virtud de la referida ratificación del Convenio sobre Pueblos Indígena de la Organización Internacional del Trabajo, por no decir desde el primer registro constitucional de la comunidad indígena, el de 1938. Me refiero a dicha fecha más cercana de hace poco más de una década porque es entonces cuando lo que inequívocamente se reconoce es derecho y política indígenas, un principio de *qamaña* o comoquiera que se diga en otras lenguas de matriz no europea. Hablo del ordenamiento establecido, no de *lege ferenda*, no de otro orden incluso previsible, pues está abriéndose todavía en bastante mayor medida el horizonte mismo por obra del orden internacional al venir éste a tomar en consideración el reconocimiento de derechos sin discriminación entre pueblos, inclusive así finalmente los indígenas (51). Se acerca a este

(49) Véase la secuencia de títulos constitucionales en el apéndice II con dicha entrada de «la persona como miembro del Estado». El único nuevo desde 1967 lo introdujo la reforma de 1994: el cuarto de la parte tercera, *Defensa de la Sociedad*, contemplándose bajo dicha rúbrica las instituciones del Ministerio Público, antes en el título anterior, el del poder judicial, y del Defensor del Pueblo, que constituye novedad.

(50) Resulta más optimista la perspectiva de D. L. VAN COTT: *The Friendly Liquidation of the Past*, págs. 257-280; *Multicultural Constitutionalism: A Comparative Analysis*. Bien que la visión que importa no es especialmente la académica y encima exterior, sea para el caso americana o europea, puede cotejarse B. CLAVERO: «Multiculturalismo constitucional con perdón, de veras y en frío», en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47, 2002, págs. 35-62.

(51) MAGDALENA GÓMEZ RIVERA (ed.): *Derecho indígena*, México, 1997, escudriñando horizonte; S. JAMES ANAYA: *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, 2004, exponiéndolo al día. Pues es cuestión debatida, aprovechemos para recordar que *de lege data*, para nuestra perspectiva aquí, Bolivia cuenta con la definición de la cualificación

punto de coherencia el derecho que se dice internacional tras toda una historia de identificación con colonialismo travestido de civilización incluso tras la propia descolonización. Está en trance de superar el escenario de Estados y Códigos (52).

En Bolivia, desde entonces, desde 1991 y durante la década de los noventa, por los fines de un milenio de una era europea, lo que debiera ya haberse producido, según el propio ordenamiento establecido a lo que ahora nos interesa, es la entrada autónoma del derecho agrario de raíz comunitaria, de aquel derecho que era por completo inexistente, pero tan sólo oficialmente, quiero decir para el Estado. ¿Es así esto último todavía? ¿Lo es después del primer registro constitucional de la comunidad indígena, de la Ley del Trabajo, de la reforma y la justicia agrarias, de la renovación del Código Civil, de la ratificación del convenio internacional de derecho indígena, de la reforma de la Constitución conjugando desde 1994 la autoridad y autonomía de una justicia, la agraria, y el reconocimiento de un derecho no se sabe si autorizado y autónomo constitucionalmente, el indígena...?

Observador foráneo como soy y además europeo, no me atrevo a dar respuesta, pero el mismo desarrollo legislativo y jurisprudencial de estos años, los más complejos de la década de los noventa con su saldo más bien magro para la parte indígena, puede constituir un indicio más bien adverso. Hay otros, como el de unos planes de estudio para la abogacía que a estas alturas, a diferencia de unos inicios, ya incluyen por supuesto Derecho Agrario, pero resolviéndose por lo usual poco menos que plenamente en la legislación de Estado y en la jurisprudencia subsiguiente de los tribunales con la especialidad agraria incluida. El resto sería cosa propia de la antropología, algo impropio del derecho. Las divisiones y distancias entre materias académicas, tanto jurídicas como no jurídicas, no parecen inocentes. Constituyen al fin y al cabo funciones del mismo paradigma. Los problemas pendientes resultan de cultura jurídica y no sólo de orden constitucional (53).

indígena de pueblo y así también de *comunidad* contenida en el primer artículo del referido convenio de la OIT: «indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas». Es la noción que vengo entendiendo al aplicar el calificativo en común y sin fusión a quechuas, aymaras, guaraníes y otras identidades culturales de tracto anterior a la presencia europea por la geografía de la actual Bolivia.

(52) PAUL KEAL: *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, 2003.

(53) Todo el cuadro de disciplinas jurídicas está comprometido. Piénsese en un *Derecho Constitucional* o en un *Derecho Civil* sin capacidad para cuestionar sus propios fundamentos

Los Códigos no han tenido la capacidad normativa que pretendieran, la excluyente de todo derecho que no fuera ley, la norma de Estado, y su aplicación por justicia, la del Estado igualmente, pero han logrado en cambio una notable capacidad cultural para generar una aparatosa disciplina pretendiéndose ciencia jurídica en un singular, éste sí, de efecto excluyente. Es la que entiende al Estado como responsable solitario de la determinación del propio derecho. La comunidad indígena y con ella todo un derecho agrario han quedado fuera de campo. Está fuera de juego, incluso con su reconocimiento, para la Constitución. Cuando hablamos de principios cual el de impero de la ley o, para resultar más cosmopolitas, de *rule of law*, conviene reparar en la forma menuda y hasta casuística como las grandes palabras cobran cuerpo y operan en los diversos sistemas y contextos, aparte desde luego las propias variantes más primarias del modelo constitucional con el legalismo de Estado tan característico de Latinoamérica y tan acentuado precisamente en Bolivia (54).

Con ello ha quedado excluida del orden imperante toda una cultura no menos normativa, o más incluso por efectiva, de utilización de la tierra y los recursos no conforme a doctrinas importadas, sino a experiencias indígenas, obstaculizándose su propia evolución a la par que impidiéndose la integración y articulación de conjuntos o la participación en ellos como el que pudiera componer una Bolivia así definitivamente distinta a la retratada por Ricardo Calla, Ministro de Asuntos Indígenas. A nuestras alturas, con los desarrollos habidos y las expectativas abiertas, entre unos y otras, lo que se detecta en el mundo del derecho es una esquizofrenia que convendrá por fin afrontar para ver de encontrarle tratamiento (55). A nuestros efectos, hay un

a la luz de derechos que escapan al paradigma de Estado. Cabe decir lo propio del *Derecho Internacional* o del *Derecho del Trabajo* en sus respectivos campos bastante menos concernidos de diversa forma con la posición de Estado. Ya es elocuente que el cuadro desnudo de materias de un plan de estudios en Bolivia pueda resultar clónico del usual europeo. Por su parte, el *Derecho Agrario* sigue teniendo por principio la función económico-social de la propiedad y no la más compleja económico-social-cultural que hemos visto en el propio orden establecido (nota 22).

(54) B. CLAVERO: *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, 1997, págs. 181-236.

(55) Cuando escribo estas líneas, tengo naturalmente a la vista la reforma constitucional de hace pocos meses, en este mismo año 2004, que abre la posibilidad de una reconstitución del Estado sin servidumbre normativa respecto al propio pasado o con cuestionamiento del propio tracto con la nueva redacción del artículo 232 de la Constitución: «La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente...» (<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JC1/revista-05notnor-boli.htm>, información diligente del *Foro Constitucional Iberoamericano*, cuando todavía no figura en los sitios web disponibles de colección de textos constitucionales americanos: [105](http://www.george-</p>
</div>
<div data-bbox=)

derecho no sólo agrario al paio, el comunitario, y otro a la contra, el de Estado. El problema procede de Europa, pero es americano. De donde se tenga la solución no parece que pueda ser de la matriz de cultura europea precisamente (56).

APÉNDICES

I. *Título Preliminar del Código Civil (1831) (*)*

Art. 1. Las leyes obligan en todo el territorio boliviano y serán ejecutadas en cada parte de la República en virtud de su solemne promulgación

Art. 2. La ley no dispone sino sobre lo venidero, y no puede tener efecto retroactivo.

Art. 3. Los bienes inmuebles, aunque se posean por extranjeros, serán regidos por la ley boliviana.

town.edu/pdba/Constitutions/constitutions.html; <http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/constituciones.shtml>, éste más restringidamente en la geografía y menos en el tiempo) y con la perspectiva actual de concurrencia indígena en un proceso constituyente por primera vez en la historia de Bolivia, bien que la redacción constitucional de «potestad privativa de la Asamblea Constituyente» intente conjurar la iniciativa comunitaria que de hecho se presenta por parte de los *ayllus*, pero bien igualmente que al fin concluye un monopolio representativo que mediatizaba la participación indígena (art. 222: «La representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas...»), siendo nuevos en esta plaza constitucional las segundas y los terceros, bien que a su vez se añada en los artículos sucesivos que todos estos agentes, hasta los *pueblos indígenas* cuya definición normativa ha de seguir siendo la del Convenio de la OIT, tendrán que registrarse a efectos de habilitación mediante escrutinio de «programa, organización y funcionamiento» por jurisdicción electoral de Estado, todo ello conforme a la ley 2631 de 20 de febrero de 2004, la de reforma constitucional).

(56) Como observador exterior y encima europeo, he aquí un buen momento para detenerme. Y no creo que sea pose. Incluso en este año, en la reforma constitucional de 2004, hemos visto mirarse a España, de donde entiendo que no se ofrecen para la exportación fórmulas plausibles, ni la del derecho foral de la codificación civil, por falta de la necesaria autonomía normativa, ni la del régimen autonómico del sistema constitucional, por falta de la imprescindible autonomía judicial, ni la de combinación actual entre ambas fórmulas, un tanto inestable pero rica de posibilidades quizás esto tan sólo para los propios casos, cual sea el vasco (*Estudios sobre la Propuesta Política para la Convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñati, 2003). La diferencia de fondo con Europa puede que siga cifrándose en la relación colonial, pero cumplo mi palabra y no lo asevero.

(*) CARLOS TERRAZAS TÓRREZ (ed.): *Código Civil de Bolivia*, Madrid, 1959, todavía como derecho y no como historia, pues este título de 1831 está en vigor, como sabemos, hasta 1973.

Art. 4. Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio.

Art. 5. Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no se pueden renunciar por convenios particulares.

II. *Títulos (1967-1994) y Artículos (2004) de la Constitución (**)*

Título Preliminar: Disposiciones generales.

Art. 1. I. Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos. II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la justicia.

Art. 4. I. El pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente, la Iniciativa Legislativa Ciudadana y el Referéndum, establecidos por esta Constitución y normados por Ley. II. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya la soberanía del pueblo comete delito de sedición.

Parte I. *La Persona como Miembro del Estado.*

Título I. Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona.

Título II. Garantías de la Persona.

Título III. Nacionalidad y Ciudadanía.

Parte II. *El Estado Boliviano.*

Título I. Poder Legislativo.

Título II. Poder Ejecutivo.

Título III. Poder Judicial.

Título IV. Defensa de la Sociedad.

Parte III. *Regímenes Especiales.*

Título I. Régimen Económico y Financiero.

Título II. Régimen Social.

Título III. Régimen Agrario y Campesino.

Título IV. Régimen Cultural.

Título V. Régimen Familiar.

Título VI. Régimen Municipal.

Título VII. Régimen de las Fuerzas Armadas.

(**) Véanse notas 48 y 55. Entre artículos, reproduzco, permitiéndome reiteraciones parciales con textos ya citados, tan sólo algunos pocos de la reforma última, la de 20-II-2004.

Título VIII. Régimen de la Policía Nacional.

Título IX. Régimen Electoral.

Art. 222. La representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas, con arreglo a la presente Constitución y las Leyes.

Art. 223. I. Los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas que concurran a la formación de la voluntad popular son personas jurídicas de derecho público. II. Su programa, organización y funcionamiento deberán ser democráticos y ajustarse a los principios, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución. III. Se registrarán y harán conocer su personería ante la Corte Nacional Electoral. IV. Rendirán cuenta pública de los recursos financieros que reciban del Estado y estarán sujetos al control fiscal.

Art. 224. Los partidos políticos y/o las agrupaciones ciudadanas y/o los pueblos indígenas podrán postular directamente candidatos a Presidente, Vicepresidente, Senadores y Diputados, Constituyentes, Concejales, Alcaldes y Agentes Municipales, en igualdad de condiciones ante la Ley, cumpliendo los requisitos establecidos por ella.

Parte IV. *Primacía y Reforma de la Constitución.*

Título I. Primacía de la Constitución.

Título II. Reforma de la Constitución.

Art. 232. La reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de Convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los Constituyentes, será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del Honorable Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República.