



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

MÍGUEZ NÚÑEZ, RODRIGO

TIERRA, PROPIEDAD Y ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: A PROPOSITO DE ÉTIENNE LE ROY, LA
TERRE DE L'AUTRE. UNE ANTHROPOLOGIE DES RÉGIMES D'APPROPRIATION FONCIERE

Revista Chilena de Derecho, vol. 41, núm. 3, diciembre-enero, 2014, pp. 1199-1211

Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177033389019>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

TIERRA, PROPIEDAD Y ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: A PROPOSITO DE ÉTIENNE LE ROY, *LA TERRE DE L'AUTRE. UNE ANTHROPOLOGIE DES RÉGIMES D'APPROPRIATION FONCIERE*

LAND, PROPERTY AND LEGAL ANTHROPOLOGY: APROPOS ÉTIENNE LE ROY, LA TERRE DE L'AUTRE. UNE ANTHROPOLOGIE DES REGIMES D'APPROPRIATION FONCIERE

RODRIGO MÍGUEZ NÚÑEZ¹

El tema de las relaciones entre el hombre y la tierra en el espacio indígena dista por mucho de ser asunto marginal en las ciencias y agendas sociales de hoy. Con el apoyo de organismos nacionales y extranjeros se han multiplicado las asociaciones y campañas cuyo objeto primario es reivindicar los derechos ancestrales de los pueblos indígenas. Asimismo, la voz “propiedad territorial” que emerge a la luz de la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y muy especialmente en razón del trabajo realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atrae la atención de más de algún observador². Por su parte, nuestros tribunales se pronuncian cada vez con mayor frecuencia sobre materias que competen los diversos aspectos del Convenio 169 de la OIT y comienza a perfilarse una clara tendencia respecto el criterio a aplicar en casos de vulneración del derecho a consulta previa derivado de proyectos energéticos emplazados en territorios indígenas.

La producción científica sobre el tema no es rara. Una casa editorial, Lom, propone desde 1990 obras que con acercamiento multidisciplinario exponen las más variadas temáticas de Derecho indígena. Recientemente, y bajo el mismo techo editorial, el trabajo coordinado de Nancy Yáñez y Raúl Molina, jurista y geógrafo atentos a cuestiones de antropología, ha visto sus frutos en la publicación de un volumen colectivo sobre las aguas indígenas en Chile³. Además, destacados intelectuales nacionales han consignado valiosas –si no ya clásicas– contribuciones que representan referencias obligadas para quien se inicie en la materia. Pienso en los historiadores José Bengoa, Víctor Toledo Llancaqueo y en el jurista José Aylwin, todos concentrados, con común lente pluricientífico, en la condición del pueblo mapuche. Debe, por cierto, también registrarse la progresiva participación de intelectuales indígenas en el diálogo científico nacional ya congresos, seminarios o publicaciones especializadas⁴. En este plano, dos recientes obras advierten la interdisciplinariedad

¹ Profesor de Derecho Privado Universidad del Piemonte Oriental (Alessandria). Correo electrónico: rodrigo.miguez@unipmn.it.

² AGUILAR CAVALLO (2005) pp. 269-295. Me permito además el reenvío a MÍGUEZ NÚÑEZ (2013) pp. 126-128 y voces allí citadas.

³ YÁÑEZ y MOLINA (2011).

⁴ No podemos obviar la reciente obra colectiva de NAHUEL PAN MORENO *et al.* (2012).

que debe abrazar toda empresa científica que aborde el tema de la tierra en el contexto indígena: Juan Jorge Faundes nos recuerda la trascendencia de la reconstrucción de los relatos y de las memorias en el proceso actual de recuperación de tierras de veranadas⁵ y Álvaro Bello recurre al argumento etnohistórico para explicar que la organización básica mapuche, el *lof*, se ha adaptado a los cambios reafirmando el concepto de comunidad bajo expresiones autóctonas que evidencian el lazo sanguíneo que une a la comunidad familiar en el contexto mapuche⁶. A este respecto, debe destacarse que un relevante informe presentado en el año 2003 por la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche en el marco de los trabajos de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato había ya insistido en la centralidad de la cosmovisión mapuche para asegurar el éxito de toda empresa destinada a la reconstrucción de su antigua territorialidad⁷.

El rol de la Facultad de Derecho no ha sido menor. Sobresale la iniciativa del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, no solo por su informe anual sobre derechos humanos, herramienta que entre sus variados temas documenta violaciones a los pueblos indígenas, sino que además por el trabajo de seguimiento de la implementación del Convenio 169 de la OIT, labor que ha visto uno de sus principales frutos en la publicación de un profuso volumen colectivo⁸. Por su parte, la universidad Alberto Hurtado reúne periódicamente a estudiosos de diversas áreas en las “Mesas Hurtadianas” con el objeto de debatir en torno a una propuesta sobre pueblo mapuche que fue entregada a los candidatos presidenciales durante el año electoral 2013. No se olvidan además, por su contribución y difusión científica en el área, el Programa de Antropología Jurídica de la Universidad de Chile y el trabajo del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, entre otras relevantes iniciativas universitarias.

Es por lo dicho que la obra que motiva estas líneas, *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière* del jurista francés Étienne Le Roy⁹, no puede pasar inadvertida al lector chileno. Y no podrá además ignorarla por otros dos motivos. Ante todo, porque ella es rica en referencias a la gran tradición francófona en materia de antropología jurídica, obras con las cuales el autor dialoga en modo innovador y fecundo descubriendo alternativas a la tradicional relación hombre-cosa propuesta por el Código Civil. Y luego, porque ella enseña al jurista no familiar con las temáticas de la antropología su valor y sus argumentos para la discusión y enriquecimiento del propio saber científico.

Se consienta aquí un llamado especial al cultor del Derecho civil. La relación con la antropología no puede ser ajena a él por permear y enriquecer las temáticas sobre las cuales reflexiona diariamente. Así, las personas (los sujetos, el parentesco, el matrimonio, la familia, la sucesión), los bienes (la tenencia, la propiedad colectiva e individual, el acceso a ella, la posesión, la ocupación), el intercambio (el origen de la obligación, el consentimiento, el acto, el contrato, el trueque), no solo representan materias obligadas del saber antropoló-

⁵ FAUNDES M. (2011) capítulo 5.

⁶ BELLO (2011) p. 103.

⁷ Véase Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche (2003) cap. II, p. 964.

⁸ CONTESE SINGH (edit., 2012), obra a la cual se suma el reciente volumen editado por OLEA (2013).

⁹ LE ROY (2011) 442 pp.

gico sino que además elementos sustantivos para la aplicación del método de la antropología en la arena jurídica. Resulta muy claro, pues, que sobre la base de tales temáticas el antropólogo jurídico compara las experiencias recopiladas a fin de delinear las diferencias o similitudes que dan el carácter particular y diverso a una institución jurídica en un contexto sociocultural determinado. Y se observará, en consecuencia, como el estudio de las instituciones del Derecho civil a través del lente de la antropología entremezcla elementos pragmáticos con reflexiones teóricas en el plano del derecho.

Ahora bien, si se fijan las materias del Derecho civil como parte sustantiva del conocimiento antropológico se podrá ahora comprender por qué han sido grandes cultores del Derecho romano, como Johann Jacob Bachofen y Henry Sumner Maine, seguidos por Pietro Bonfante y Paul-Frédéric Girard, quienes, mediante una explicación histórico-evolucionista de las principales instituciones del Derecho privado, establecieron las bases para el desarrollo inicial de la antropología inglesa y norteamericana¹⁰. Entendámonos: los románistas de entonces transportaron al hombre antiguo, que vivía en las fuentes e instituciones del Derecho romano, a la realidad actual para luego extraer conclusiones de vocación universal. Fue de hecho Bonfante quien junto a Longo tradujo al italiano el *Grundniss der ethnologischen Jurisprudenz* de Albert H. Post (Leipzig, 2 voll., 1894-5), repertorio sistemático del derecho de los pueblos antiguos y contemporáneos en estado aún “primitivo”¹¹. Y en Alemania el mismo Post, junto a Josef Kholer (fundador con Georg Cohn e Franz Bernhöft en 1878 de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*) establecieron las bases de una célebre escuela de etnología jurídica.

Cabe además recordar que los primeros cultores de la antropología moderna, influenciados por las teorías biológicas de Darwin y de las corrientes sociológicas y filosóficas de Compte y Spencer, se basaron en la hipótesis de que la historia de la humanidad podía ser reconstruida siguiendo el método científico de las etapas evolutivas constantes, reiteradas en todo ambiente y tiempo, las cuales conducirían del primitivismo originario de la civilización a la moderna sociedad industrial. Se estudiaban entonces las causas de las culturas, sus diferencias y las leyes evolutivas a las que fueron sometidas para desde allí interpretar los vestigios conservados en tiempos modernos¹². Fue así que a través de los estudios de los evolucionistas (a Maine y Bachofen se suman, entre otros, John Ferguson MacLennan, Lewis Henry Morgan) se puso en evidencia la profunda conexión entre Derecho, sociedad, lengua y cultura, creándose, a su vez, conciencia sobre el indispensable vínculo entre el fenómeno jurídico y el contexto social. En esta dirección, no puede ser omitido el aporte de Enrico Cimbali, Emanuele Gianturco, Pietro Cigliolo, Giuseppe Vadalà-Papale, Gian Pietro Chironi y Giuseppe D’Aguanno, representantes ilustres de una generación de civilistas italianos que aplicaron el positivismo filosófico a la enseñanza del Derecho, descubriendo la

¹⁰ Es didáctica para la comprensión de este asunto la lectura de CAPOGROSSI COLOGNESI (2008).

¹¹ POST (1906-1908).

¹² En Europa de fines del ochocientos la reflexión jurídica se concentró sobre las reliquias de propiedad colectiva aún vigentes en diversas realidades coloniales y también europeas. La utilización de la expresión “reliquia” en este ámbito debe tanto a un breve pero significativo preludio académico de VENZIAN (1887). Para profundizaciones sobre el debate en torno a las sobrevivencias de colectivismo agrario en dicho periodo es forzoso el reenvío a GROSSI (1977).

diversidad y complejidad de un Derecho privado que yacía –apócrifamente– calmo bajo el imperio del código decimonónico¹³.

Civilistas fueron también los juristas que en Francia clamaron, a cien años de la promulgación del *Code*, la rebelión contra el fetichismo de la ley escrita y codificada. Me refiero a Raymond Saleilles y François Gèny, quienes junto a otros “juristes inquiets” superaron el muro de la exégesis develando el Código cual instrumento no completo y consignando a su intérprete herramientas elásticas para perfeccionar la ciencia del Derecho¹⁴. En España hay, por cierto, difusión de estas ideas. Si tan solo se piensa a la producción en torno al colectivismo posesivo, de la cual se colige la sobrevivencia de modelos alternativos al esquema de la propiedad del Código Civil, despuntan dos emeritos nombres: Gumersindo de Azcárate, y su discípulo, Rafael Altamira y Crevea. Fue este último quien en 1892 escribió un notable ensayo sobre el método positivo en el Derecho civil con la finalidad de recuperar el “Derecho real” acopiado en lo que denominó la “conciencia del pueblo”¹⁵. El método de estudio del Derecho civil debía basarse en informaciones, de modo tal que la realidad de la vida “popular” a reglar se obtendría mediante el estudio de los “hechos intermedios” los cuales, afirmó el historiador, “muchas veces solo serán intermedios en apariencia, constituyendo en realidad una regla perfecta que el investigador debe conocer y aprovechar para las elaboraciones ideales del Derecho, si estas han de llevar bases reales y positivas” (Altamira y Crevea, 1914, pp. 223 y 228).

Casi contemporáneamente la misma preocupación científica se observa en el ambiente jurídico latinoamericano. Así, la necesidad de proceder a una revisión de los métodos de enseñanza e investigación del Derecho se torna forzosa para toda una generación –no solo– de civilistas: en Argentina se alzan voces contra el método exegético en Juan A. Bibiloni y Lucio V. López, corriente continuada por Alfredo Colmo y Enrique Martínez Paz¹⁶. En nuestro país el breve paso de Alejandro Álvarez por la cátedra en Legislación Civil Comparada de la Universidad de Chile lega a la cultura jurídica una trascendental enseñanza: la nueva tendencia en el estudio del Derecho civil debía comenzar por el análisis de las leyes de la sociedad y de su historia comparada, para desde allí ir al diálogo y establecer una íntima relación con otras ramas del saber¹⁷. En Perú, en tanto, símiles reflexiones abundan en los escritos que en los años veinte y treinta se suceden en las más variadas temáticas relativas al “indigenismo jurídico”; Maine, Letourneau y D’Aguanno son citados para explicar la evolución y desaparición de la comunidad indígena y juristas como Hildebrando Castro Pozo y Luis Antonio Eguiguren realizan los primeros catastros y descripciones etnográficas de las comunidades indígenas a partir de –aún precarias– informaciones y observaciones de campo¹⁸. A su vez, y ya en el terreno de una naciente ciencia sociológica, los impulsos antiformalistas consignados a raíz de la crítica a la imposición irracional del Derecho deci-

¹³ Sobre el impulso dado a la sociología jurídica por tales autores cfr. TREVES (1966). Véase, además, BARBANO (1985).

¹⁴ Para detalles cfr. BELLEAU (1999).

¹⁵ ALTAMIRA Y CREVEA (1914) p. 204.

¹⁶ Bien documentadas en TAU ANZOÁTEGUI (1977), 113 ss.; ID. (2007), t. I., pp. 26-27.

¹⁷ ÁLVAREZ (1900).

¹⁸ MÍGUEZ NÚÑEZ (2010a); RAMOS NÚÑEZ (2006) pp. 239 ss.

monónico, no fueron raros en nuestras latitudes: Ernesto Quezada, Carlos Octavio Bunge en Argentina, Bautista Saavedra en Bolivia, Andrés Belaúnde en Perú y Valentín Letelier en Chile, insisten sobre el valor del análisis contextual, histórico y comparado de las instituciones para comprender el Derecho en su dimensión real, social y, sobre todo, actual. La lección que dejan todas estas voces es muy clara y pueden resumirse en un sabio enunciado de Altamira y Crevea: la ley no es el representante del derecho efectivo, sino la mera aspiración ideal de una minoría culta de un pueblo, expresada en fórmula abstracta, de la cual se divorcia esencialmente la masa en función de la cual creen los legisladores que obran siempre¹⁹. Se daba, en fin, inicio a lo que en nuestros tiempos Tau Anzoátegui ha denominado un estado de “reflexión esencial”, miramiento que conduciría a superar la estrechez de miras en que se había cerrado el jurista exegético²⁰.

Si bien escapa a nuestro objeto ir al detalle de los resultados obtenidos por los fenómenos evocados, interesa a esta altura fijar un punto esencial en razón de la obra de Étienne Le Roy: los aportes mencionados confieren luces sobre la relevancia del nexo entre el Derecho romano/civil y el desarrollo inicial de la antropología y de la sociología.

Lo dicho, empero, no debe conducir a una falsa representación pues a pesar del interés inicial por los métodos etnológicos y antropológicos, la predilección europea hacia el análisis histórico-dogmático de la ciencia romanista y el apego casi irrestricto al positivismo jurídico que domina en la doctrina civil latinoamericana durante gran parte del siglo XX²¹ derivó en el desgano generalizado por la aplicación de métodos antiformalistas en el estudio del Derecho.

Pero la adopción de dicha conducta no fue total. La excepción es Francia, país donde sus estudiosos, influenciados por el método comparativo-etnológico de Émile Durkheim y Marcel Mauss, no obviaron el recurso a la antropología en las diversas áreas del saber jurídico. Así, entre los alumnos y colaboradores del mismo Durkheim podemos notar destacados historiadores del Derecho como Louis Gernet (para el Derecho greco) y Paul Huvelin (para el Derecho romano). También recordamos entre los romanistas adherentes a la etnología los nombres de Henri Lévy-Bruhl, George Cornil, Pierre Noailles y Gabriel Le Bras y luego los de André Magdelain, Yan Thomas y Gérard Chouquer.

En realidad, dicho *iter* no pudo desenvolverse de otra manera pues en Francia, el vínculo entre Derecho, antropología y sociología representa un *continuum* y que, como tal, no se detiene en el solo ámbito del Derecho romano o antiguo. Se notará, por un lado, que la antropología nace allí en dependencia con la sociología y permanece, hasta hoy, fuertemente vinculada a ella al punto que, como afirma Descola, no existen distinciones entre ambas disciplinas, siendo las ciencias sociales un bloque único e inseparable de materias²². Por otro lado, no debe ignorarse que la excepcional obra de un refinado civilista galo, Jean Carbonnier, nos habló durante todo el siglo XX de una sociología jurídica basada en la

¹⁹ ALTAMIRA Y CREVEA (1914) p. 242. Sobre la influencia y recepción del antiformalismo europeo en la obra de este y otro excepcional jurista español, Adolfo Posada, es obligada la lectura de LLOREDO ALIX (2012).

²⁰ TAU ANZOÁTEGUI (2007) p. 20.

²¹ Que bien analiza LÓPEZ MEDINA (2004) p. 130, bajo el rótulo “clasicismo jurídico”.

²² DESCOLA (2011) p. 61

investigación de los hechos mediante la observación y la experimentación, técnicas bien conocidas por la antropología jurídica.

Pues bien, *La terre de l'autre* de Étienne Le Roy confirma el *continuum* descrito y corrobora, asimismo, lo apuntado por otro destacado civilista cercano a la reflexión antropológica. Afirma hoy Rodolfo Sacco que “Francia es el país de la antropología jurídica por excelencia”²³ y Le Roy utiliza las herramientas de la antropología jurídica para analizar la relación entre el hombre y la tierra, una tierra, como lo indica el título de la obra, que no pertenece a ninguno sino al *autre*.

El trabajo que comentamos no representa un exordio en la producción del autor; la obra se suma a una dilatada bibliografía de más de cuatro decenios en el área de la antropología jurídica, trabajos entre los cuales destacan, por su relación con el tema tratado en el volumen en examen: *Eléments d'une théorie des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire* (su tesis de etnología, Université de Paris VII, 1972); *Enjeux fonciers en Afrique noire* (escrita con Le Bris y Leimdorfer, 1982); *Le jeu des lois, Une anthropologie «dynamique» du droit* (1999); *Les Africains et l'Institution de la Justice* (2004) y luego, entre los tantos artículos, *La terre et le sacré* (1975), *L'homme, la terre, le droit* (2009), *Pouvoir et droit dans une société préétatique* (2009).

Le Roy, profesor emérito de antropología del derecho en la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne, se forma en Francia y desde el inicio de su carrera se concentra en el África Subsahariana francófona y sin que ello implique descuidar otras áreas geográficas, como los territorios europeos y americanos, dada la aptitud universalista de la ciencia antropológica.

La terre de l'autre reúne reflexiones relativas al análisis matricial (que el mismo Le Roy ideó y cultiva a partir de 1970²⁴) de las relaciones entre el hombre y la tierra, dispensando una novedosa terminología sobre el régimen de tenencia de la tierra en sociedades no occidentalizadas. La obra consigna el resultado de toda una vida dedicada al estudio jurídico-antropológico de la relación hombre-entorno, exteriorizando el constante diálogo del autor con las distintas fases de su pensamiento. La obra propone, además, el diálogo con los estudiosos que junto a Le Roy han establecido los primeros pasos de la antropología jurídica en Francia; me refiero, aparte del ya citado Henri Lévy-Bruhl, a Raymond Verdier y Michel Alliot. Asimismo, el autor no olvida citar y discutir con aquellos especialistas cercanos a su corriente cultural: Sally Falk Moore, Karl Polanyi, Paul Bohannan, y Gregoire Madjarian. En fin, y ya en el campo del *Droit foncier africaine*, la obra refleja el compromiso del autor de exponer el resultado de las permanentes conversaciones y debates con Émile Le Bris, Gerti Hesseling, Bernard Crousse, François Leimdorfer, Danièle Kintz y Paul Mathieu, entre otros africanistas.

¿Qué podrá descubrir el lector en la obra de Le Roy?

El tema del volumen es la tierra, lo que no significa, en caso alguno, referimiento a la propiedad. De esta inicial clarificación se ocupa la introducción general de la obra. Se precisa que la propiedad, según la concepción aceptada por la cultura jurídica occidental, no

²³ SACCO (2007) p. 37.

²⁴ Véase LE ROY (1970).

puede describir el conjunto de relaciones entre el hombre y la tierra, sino solo en aquellos casos donde el mercado sea el regulador de las relaciones jurídicas; y por ello si no hay mercado generalizado, no puede haber propiedad privada –del 544 del CC francés– generalizada. El término preferido por el autor es *appropriation foncière*. La razón es clara: se trata de una expresión que consiente desligarse de los prejuicios etnocéntricos y abrazar, a su vez, la interculturalidad propia de una obra de antropología jurídica (pp. 24-25). Debe también destacarse que la utilización de dicho vocablo permite trasladar la atención desde el objeto y su titular hacia la dimensión de las relaciones sociales y del destino del uso de la tierra, aspectos sobre los cuales el volumen ahonda en diversos pasajes.

Así las cosas, consigna Le Roy un primer dato que no puede escapar a la atención del civilista: frente a la nítida técnica de la propiedad (individual) establecida por la autoridad legislativa en el Código Civil, la antropología jurídica plantea la operación contraria, esto es, construir las categorías de tenencia y apropiación en modo espontáneo, desde abajo, desde las relaciones sociales, para desde allí buscar las soluciones jurídicas del caso. Lo anterior implica adentrarse en el estudio de la sociedad a través sus actores –y no entonces en virtud de normas jurídicas predeterminadas– permitiendo la introducción de un pluralismo a priori en la relación hombre-tierra. Nuestro autor utiliza dicho método desde sus primeros estudios en el ámbito de las relaciones territoriales entre el Estado senegalés y la tribu Wolof. Fue además ese el lente con el cual analizó, junto a Alain Bissonnette, las reivindicaciones territoriales de los pueblos autóctonos de Canadá y, junto a Marc Gumbert, la cuestión de los aborígenes en Australia, entre otros relevantes estudios de campo efectuados en Asia y África.

Todavía, debe ante todo confirmarse que la obra de Le Roy representa un manifiesto intelectual contra el etnocentrismo que en la relación hombre-tierra es representado por la fórmula occidental de la propiedad. Así, lo que el autor enseña –tomando partido por la célebre tesis del pionero Paul Bohaman²⁵– es que los términos jurídicos occidentales no pueden ser utilizados para explicar sistemas jurídicos extraños a dicha tradición legal²⁶.

Lo anterior merece una reflexión más profundizada.

El alumno que en nuestro medio jurídico inicie estudios de Derecho de bienes comprobará la existencia de un dogma: la relación más perfecta, absoluta y directa entre el hombre y las cosas es representada por noción de la propiedad del art. 582 del Código Civil. Dicha norma pretende abrazar la complejidad de la relación hombre-cosa centrando al individuo-titular en una posición de superioridad respecto al objeto de su derecho y al resto de la sociedad. Se notará, además, que esta fórmula totalizadora, perfeccionada desde el siglo XVII y consagrada por las autoridades decimonónicas, ofrece, sea al cultor jurídico que al operador político, la posibilidad limitada de moverse entre dos polos antagónicos: más libertad y más propiedad o más intervencionismo y menos propiedad, cancelando, asimismo, todas las situaciones de tenencia que escapan a la fórmula monista de la propiedad individual regulada por el Código²⁷.

²⁵ Sobre el cual véase BOHAMAN (1969) p. 401 ss. y la tesis contraria sostenida por GLUCKMAN (1969) p. 349 ss.

²⁶ Sobre este tema hemos ya insistido en otra ocasión: MÍGUEZ NÚÑEZ (2010b).

²⁷ Al respecto, son conocidos los aportes del profesor Enrique BRAHM GARCÍA sobre la interpretación liberal del art. 544 del CC. francés (y de ahí de la norma chilena correlativa) y del proceso de socialización del derecho de propiedad en Chile durante el siglo XX. BRAHM GARCÍA (1996); ID. (1999).

Muy diverso es el panorama que dibuja el estudioso que trabaja bajo las premisas de la antropología y de la comparación jurídica. Para él, el aludido “dogma” simboliza solo un espejismo, pues sabe diferenciar entre concepto y regla positiva. Sabe que el concepto goza de inmutabilidad mientras que la regla puede ser contrariada, limitada o caer en desuso, siendo siempre una declaración supeditada, en su efectividad, a la operatividad social. Y sabe entonces que en los términos más generales y menos rigurosos, como “apropiación” y “derecho a la tierra”, se comprenden situaciones de tenencia que parecen “imperfectas” a la luz de la propiedad del art. 582 del CC., situaciones no expresadas en términos formales, pero dotadas de una real efectividad conferida por la rutina cotidiana. El estudioso que domine la teoría de la comparación sostendrá entonces que en tales situaciones existe un derecho, que denominará “no escrito” o “mudo”²⁸.

Lo anterior enseña que la realidad es más amplia que la norma positiva; y que no es por tanto lógico adoptar un solo concepto para graficar la totalidad de las relaciones del hombre con las cosas. Es por este motivo que Le Roy prefiere llamar *propriété* a la figura del art. 544 del CC. francés reservando la flexible expresión *appropriation* para variadas las relaciones jurídicas entre el hombre y la cosa que halla en las sociedades tradicionales y modernas que estudia. En el cotejo entre realidad “real” y realidad “legislada”, nuestro autor se sirve de las experiencias que ha estudiado y, particularmente, de la realidad rural de África occidental. El relato es, por cierto, jurídico, pero se nutre de elementos historiográficos y antropológicos para dar paso a una ecología de saberes apta a la propuesta de políticas agrarias para el presente siglo²⁹.

En su recorrido no olvida Le Roy el contexto mundial en el que escribe. El autor se sitúa en una perspectiva que denomina “transmoderna” donde las sociedades pre y postmodernas son convocadas a encontrarse; de allí la complejidad, el pluralismo y el dinamismo de la realidad a regular. Para dialogar con dicha realidad el volumen parte del supuesto de una sociedad global, mundializada y sumergida en una crisis multifacética marcada por los escoblos del mercado capitalista. Sobre esta premisa Le Roy va a la búsqueda de prácticas y hechos diversos a los occidentales concentrándose en la perspectiva local. Lo “local” yace en el poder ejercitado por los sujetos en la tierra, por las decisiones sobre la cultivación o por la discusión cotidiana sobre el destino de la misma, mientras que lo “global” es reservado al debate sobre el rol del capitalismo y de sus políticas en las sociedades actuales que el autor contrasta.

La obra se divide en cuatro partes más una introducción general destinada a las clarificaciones conceptuales ya anticipadas.

La primera parte aborda la compleja temática de la “representación de los espacios” a través de sus actores. En el Derecho privado, el tema de los espacios, tratándose de bienes inmuebles, acostumbra a ser abordado en relación a la extensión horizontal y vertical de las heredades. En el primer ámbito, la materia se vincula con los deslindes de la propiedad y

²⁸ Son categorías de la moderna metodología de la comparación jurídica adscribibles a la obra de Rodolfo SACCO. Para esta y otras cuestiones relacionadas al Derecho mudo cfr. MÍGUEZ NÚÑEZ (2011) p. 199. Para profundizaciones relativas a la crítica al concepto de propiedad y propuesta de alternativas véase también ID. (2010b).

²⁹ Es de notar que la suma de las reflexiones de los estudios de campo realizados por el autor en países africanos y asiáticos han sido condensadas en proyectos de políticas agrarias en el seno de la *Association pour la Promotion des Recherches et Études Foncières en Afrique* (APREFA) que el mismo preside en el periodo 1987-1997.

así, en nuestro sistema, con las llamadas servidumbres de demarcación y cerramiento (arts. 842 y ss. CC). En el plano vertical, no habiendo una norma general sobre el particular, se habla de extensión del dominio en base a la utilidad que preste el espacio atmosférico y subsuelo teniendo en cuenta las limitaciones que impongan las normas urbanísticas y la legislación especial³⁰. Esta materia, no huelga decirlo, se sitúa entre aquellas que ofrece mayor complejidad en la teoría de la propiedad dado los evidentes conflictos de intereses que genera entre sujetos públicos y privados (desde las inmisiones, al uso inocuo, desde establecimiento de los confines hasta la sobreposición normativa, etc.).

Ahora bien, ilustrado con el lente de la antropología, la cuestión de los espacios adquiere una dimensión muy diversa. Le Roy delinea la representación “psicológica” que el sujeto construye sobre su espacio y en dicho proceso –que relaciona diariamente al hombre con la tierra donde este, mediante, palabras, actos y ritos, espontáneamente se desenvuelve– se expone una lectura del sistema tradicional apropiación libre todo miramiento etnocéntrico que pueda predeterminar la investigación. Lo que desde allí se dibuja es la pluralidad de las representaciones en la relación hombre-tierra: la sacralización de las montañas y bosques, la simbiosis con la naturaleza, la presencia constante de los ancestros, son temas recurrentes que explican la matriz “topocéntrica” y “hodológica” del espacio, o sea, un sistema de referencia basado en coordenadas locales derivadas del valor simbólico y de uso que cada grupo confiere a su territorio. Esta lectura se contrapone a la matriz “geométrica” (de origen capitalista) que entiende el mundo como un mosaico, esto es, un conjunto de polígonos que pueden ser medidos para entonces conferirles valor de uso y cambio. En consecuencia, el topocentrismo se opone a la representación occidental del espacio que ve en la tierra una abstracción concretizada y en el registro y la cartografía instrumentos para configurar, en definitiva, la *propriété*.

El autor no es tampoco ajeno al tema de la “territorialización”, noción que sugiere un proceso de humanización progresiva que comprende desde el ejercicio del derecho de acceso a un espacio abierto hasta formas de organización política vinculadas a la intervención del poder de la autoridad a través el control de la tierra y de los recursos naturales (p. 72). La operación etnográfica que se propone consiste en nombrar, medir y organizar el espacio mediante la comprensión de las prácticas sociales (pp. 115-116). Surge nuevamente allí la pertinencia del término “apropiación”, elección que permite construir la noción del espacio a través del uso que el sujeto confiere a la cosa, plasmando, nuevamente, una descripción que parte desde los actores, y no desde el apriorismo de la norma y/o de la imposición de la autoridad.

Le Roy es consciente de encontrarse en un terreno complejo y sabe entonces que el lector no comprenderá temas como la *sanctuarisation* (p. 72) y el *symbolisme* (p. 96 ss.) sin antes forzarlo a realizar ejercicios mentales insólitos y desconocidos para el jurista tradicional. El esfuerzo, en términos simples, es destinado a lograr comprender cómo el individuo “se representa” el espacio donde vive y darle a dicha construcción un valor topocéntrico en la ordenación del régimen de apropiación de las sociedades que analiza.

De lo dicho asoma, y se confirma, la relevancia del enfoque etnográfico: el investigador podrá extraer por abducciones, inducciones, comparaciones y generalizaciones los

³⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO (2007) pp. 142 ss.

principios que presiden los modos de apropiación de la tierra y las reglas que de ellos se deducen. Solo entonces, y recién entonces, afirma nuestro autor, vendrá la hora del Derecho y, para aquellas sociedades denominadas “modernas”, la hora del Derecho privado. A este punto, la consecuencia de lo adelantado es patente para el lector: el *droit foncier* no corresponde necesariamente (sea en nuestras sociedades como en otras muy diversas) a las concepciones que hemos desarrollado en occidente (pp. 115-116).

La segunda parte del libro se concentra en el estudio de los régimenes de apropiación de la tierra *en communs*, que el autor sitúa entre lo individual y lo colectivo (pp. 122-123). La comparación de datos de sociedades africanas y europeas conducen a constatar que las primeras no son ni individualistas ni colectivistas (sobre todo si consideramos que el colectivismo es reivindicado en occidente por regímenes socialistas). La noción de “comunitarismo” es una combinación de individualismo y de colectivismo, como también de la búsqueda constante de equilibrios entre ambos extremos (p. 124). En dicha exploración (que Le Roy documenta con esquemas y operaciones etnográficas elaboradas desde el inicio de sus estudios de campo en las sociedades africanas Nuer, Fang y Wolof) se abordan temas como la solidaridad familiar, la mutualidad en la aldea y los regímenes jurídicos de conflicto, circulación y distribución de los recursos naturales. El ejercicio propuesto es destinado a evidenciar la necesidad de establecer una gestión de los recursos “en común”, mediante la participación decisiva de los asociados, si lo que se pretende es construir un desarrollo social “durable”. En fin, la originalidad y valor de los regímenes de la apropiación “en común” de la tierra es representada por la ausencia de normas explícitas pero radicadas en los hábitos de los actores e inscritas en sus memorias y gestos diarios.

El contraste entre dicho modelo y el propuesto por las sociedades “modernas” es lo que se lee en la tercera parte de la obra. “La tierra como objeto de propiedad” es sin dudas, entre los varios temas hasta ahora tratados, la temática más cómoda a la lectura del jurista occidental. En su búsqueda por redescubrir la “invención de la propiedad” –para lo cual recurre a la magistral obra de Gregoire Madjarian³¹–, el autor no olvida pasear al lector por el comunitarismo germánico (*Markgenossenschaft*, p. 244) y por la *melk* musulmana (p. 245 ss.), cuales modelos premodernos de apropiación de la tierra, para luego extraer similitudes con los regímenes de las actuales sociedades africanas objeto de su análisis. Son también llamadas a examen categorías bien conocidas por los privatistas: los conceptos de *dominium*, *proprietas*, *mancipatio* e *iure cessio*, son convocados para revelar que el poder conferido por la propiedad, en términos de omnipotencia, no se presenta jamás generalizado en la antigua Roma y que, por ende, la propiedad romana no es el equivalente del art. 544 del CC. francés (p. 249 ss.). La invención de la propiedad absoluta se realiza mediante una serie de eventos muy posteriores; es, precisamente, el desarrollo de la noción de exclusividad, que lentamente se construye en Inglaterra y avanza también en Francia con los bríos de la Revolución Científica³², la clave de una historia que a pedazos y con liviandad, por no ser su objeto, se advierte en esta parte de la obra.

³¹ MADJARIAN (1991).

³² Sobre lo cual resulta muy atinente hoy GRAHAM (2011) pp. 29 y 31.

Pero Le Roy va más allá y se pregunta acerca de la razón de relación entre el hombre moderno y la naturaleza, recreando, a dicho fin, la construcción del mercado generalizado y de la propiedad inmueble absoluta (p. 266 ss.; 274 ss.). La base conceptual es destinada a explicar cómo durante los siglos XIX y XX dicho proyecto se generaliza en las colonias (y postcolonias) "modernas" de África, Oceanía y Asia (Senegal, Polinesia, Comores y Laos) mediante la introducción "desde el alto" de políticas públicas dirigidas a domesticar las tierras. Le Roy vierte allí toda su experiencia de campo para dibujar los diversos medios jurídicos que permitieron tal introducción. La operación es muy clara en su resultado: la generalización de la propiedad privada en las zonas colonizadas no es un proceso ni lineal, ni homologable, ni exento de obstáculos, y así, el trasplante de la propiedad privada se presenta como una "generalización imperfecta" de un modelo que pretendió universalidad (p. 324).

De lege ferenda, son las primeras palabras que introducen la última parte de la obra. El autor compara las diversas formas de señorías (*maîtrises*) sobre la tierra utilizando novedosas *tableaux* inspiradas en las categorías de acceso, extracción, gestión, exclusión y alienación propuestas por la economista Nobel Elinor Ostrom³³ (p. 354 ss., tablas 63-a 71 bis). Surge entonces el dato esencial sobre la reglamentación de la tierra: se deben buscar soluciones locales, gestadas por los miembros de las comunidades y no en base a reglas generalizadas y estandarizadas por organismos externos. Surge entonces la noción de la tierra como patrimonio y la relevancia de la sostenibilidad del régimen de apropiación (que impone obligaciones tanto a los jefes-autoridades como a los actores). Surge entonces el pluralismo y la complejidad del régimen de apropiación de la tierra, siempre asociado a las determinaciones ambientales y circunstanciales del espacio en que esta se haya. Surge, en definitiva, la relevancia de la diversidad de las experiencias humanas como clave para comprender la diversidad de la relación hombre/tierra.

En suma, la obra de Étienne Le Roy, cómplice de una lectura atenta por su complejidad y método, debe leerse como un manifiesto cultural contra todo tentativo que permita introducir el Derecho abstracto e irracional, tan común en experiencias coloniales, en áreas donde el multiculturalismo demuestre que la existencia de lo arcaico no es sinónimo de involución. Muy por el contrario, la modernidad deberá mirar hacia las formas tradicionales y locales de explotación de la tierra si lo que pretende es avanzar con sustentabilidad. Solo de esta forma comprenderemos que el régimen de tenencia de la tierra no trata solo de conservar el espacio material que la encarna sino que además su representación simbólica, o sea, una cierta humanidad compartida de intereses comunes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- NAHUELPAN MORENO, Héctor *et al.* (2012): *Ta iñ fijke xipa rakizuameluün. Historia, colonialismo y resistencia desde el país Mapuche* (Temuco, Ediciones Comunidad de Historia Mapuche).
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2005): "El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno", *Ius et Praxis* Vol. 11, N° 1: pp 269-295.

³³ OSTROM (1990); SCHLAGER y OSTROM (1992).

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael (1914): "El método positivo en el derecho civil", *Cuestiones de historia del derecho y de legislación comparada* (Madrid, Librería de los sucesores de Hernando).

ÁLVAREZ, Alejandro (1900): *La nueva tendencia en el estudio del derecho civil según la pedagogía moderna y según el resultado de las ciencias políticas y sociales* (Santiago de Chile, Imprenta Moderna).

BARBANO, Filippo (1985): "Sociologia e positivismo in Italia: 1850-1910. Un capitolo di sociologia storica", en BARBANO Filippo y SOLA, Giorgio (eds.), *Sociologia e scienze sociali in Italia dal 1861 al 1890* (Milano, Franco Angeli) pp. 7-73.

BELLEAU, Marie-Claire (1999): "Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France", *Les Cahiers de droit*, Vol. 40, N° 3: pp. 507-544.

BELLO, Álvaro (2011): *Nampülkafe. El viaje de los mapuches de la Araucanía a las pampas argentinas. Territorio, política y cultura en los siglos XIX y XX* (Ediciones Universidad Católica de Temuco, Colección Cátedra Fray Bartolomé de Las Casas).

BOHAMAN, Paul (1969): "Ethnography and Comparison in Legal Anthropology", en NADER Laura (edit.) *Law in Culture and Society* (Berkeley, Ca., University of California Press) pp. 401-418.

BRAHM GARCÍA, Enrique (1996): "El concepto de propiedad en el Código napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 1: pp. 7-12;

BRAHM GARCÍA, Enrique (1999): *Propiedad sin libertad: Chile 1925 - 1973. Aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad de los Andes).

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi (2008): *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco* (Bologna, Il Mulino).

Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, cap. II, *Territorio y Tierras Mapuche*, en *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. III, t. II, Santiago de Chile, 2003.

CONTESE SINGH, Jorge (edit., 2012): *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales).

DESCOLA, Phillippe (2011): *Diversità di natura, diversità di cultura* (Milano, BookTime).

FAUNDES M., Juan Jorge (2011): *Nutuyiñ Taiñ Mapu. Recuperaremos nuestra tierra* (Temuco, Fundación Instituto Indígena/Ediciones Universidad Católica de Temuco).

GLUCKMAN, Max (1969): "Concepts in the Comparative Study of Tribal Law", en NADER Laura (edit.), *Law in Culture and Society* (Berkeley, Ca., University of California Press) pp. 349-373.

GRAHAM, Nicole (2011): *Landscape: Property, Environment and Law* (Abingdon Oxfordshire, Routledge)

GROSSI, Paolo (1977): *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria* (Milano, Giuffrè).

LE ROY, Étienne (1970) : *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains* (Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique).

- LE ROY, Étienne (2011): *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière* (Paris, L.G.D.J., Lextenso Editions, Série anthropologie).
- LLOREDO ALIX, Luis M.(2012): “Rafael Altamira y Adolfo Posada: Dos aportaciones a la socialización del derecho y su proyección en Latinoamérica”, *Rechtsgeschichte*, N° 20: pp. 209-233.
- LÓPEZ MEDINA, Diego (2004): *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá, Legis).
- MADJARIAN, Gregorie (1991): *L'invention de la propriété* (Paris, L'Harmattan).
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo (2010a): “Las proyecciones del indigenismo jurídico sobre la propiedad andina”, *AHDE*, Vol. LXXX: pp. 782-783.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo (2010b): “Pour une déconstruction du concept de propriété dans les andes centrales”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 4: pp. 981-1006.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo (2011): “Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17: pp. 193-226.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo (2013): “The Evolution of Indigenous Land Rights in the Andes. From Survival to Legal Recognition”, en LE ROY, Étienne (edit.), *La Terre et l'homme. Espaces et ressources convoités, entre le local et le global* (Paris, Éditions Karthala) pp. 126-128.
- OLEA, Helena (edit, 2013): *Derecho y pueblo mapuche. Algunas aproximaciones*, (Santiago de Chile, Fondo Editorial Universidad Diego Portales).
- OSTROM, Elinor (1990): *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, (Cambridge, Cambridge University press).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2007): *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales* (santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- POST, Alberto Ermanno (1906-1908): *Giurisprudenza Etnologica. Traduzione con prefazione e postille dei Proff. P. Bonfante e C. Longo da l'edizione tedesca di A. Schwartz di Lipsia*, 2 vol. (Milano, Società Editrice Libraria).
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2006): *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX.*, t. V, Vol. 2 (Lima, Fondo Editorial PUCP).
- SACCO, Rodolfo (2007): *Antropología giurídica* (Bologna, Il Mulino).
- SCHLAGER, Edella y OSTROM, Elinor (1992): “Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis”, *Land Economics*, Vol. 68, N° 3: pp. 249-262.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1977): *Las ideas jurídicas en la Argentina* (Buenos Aires, Editorial Perrot).
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (edit., 2007): *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)* (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho).
- TREVES, Renato (1966): “La sociologia del diritto in Italia”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Vol. XLIII: pp. 409-435.
- VENZIAN, Giacomo (1887): *Relique della proprietà collettiva in Italia. Discorso letto il giorno 20 novembre 1887 per l'inaugurazione degli studi nella Università di Camerino* (Camerino, Tipografia Savino).
- YÁÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl (eds., 2011): *Las aguas indígenas en Chile* (Santiago de Chile, Lom ediciones).

