

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL



**RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD
COMUNAL DESDE LA PERSPECTIVA
DEL PLURALISMO JURÍDICO**

LICDA. EVA MARINA RECINOS VÁSQUEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COMUNAL DESDE
LA PERSPECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

EVA MARINA RECINOS VÁSQUEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, abril de 2018

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: MSc. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Augusto Eleazar López Rodríguez
VOCAL: MSc. Jorge Alberto González Barrios
SECRETARIA: MSc. Dinora Recinos Cueto

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Estudios de Postgrado

Guatemala, 29 de agosto de 2017.

Doctor Ovidio David Parra Vela,
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Estimado Doctor Parra:

En cumplimiento de la resolución RES. D.E.E.P. D.C. Y PRO.C. 123-2017 de fecha 16 de mayo de 2017, en la cual consta mi nombramiento como tutor de tesis de la estudiante Eva Marina Recinos Vásquez, proferido por la dirección a su digno cargo, me hice cargo de la tutoría, orientación y seguimiento de la tesis de Maestría de la estudiante antes mencionada denominada "Reconocimiento de la propiedad comunal desde la perspectiva del pluralismo jurídico", dentro del programa de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil.

El referido trabajo fue ampliamente discutido con la postulante Recinos Vásquez, con quien se analizaron los temas centrales y accesorios del mismo con el objeto de brindar una base teórica, conceptual, normativa y sociológica adecuada para la investigación del problema inicial planteado, así como para establecer las conclusiones relativas a la hipótesis propuesta.

Considero que el contenido científico y técnico del trabajo es adecuado. Los métodos y técnicas de investigación utilizados son adecuados con la naturaleza del presente trabajo. El postulante consultó la bibliografía pertinente al tema y elaboró conclusiones congruentes con su investigación.

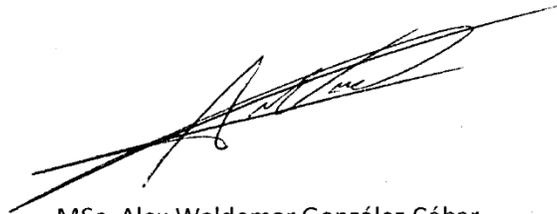
El planteamiento de la postulante Recinos Vásquez, es sumamente relevante desde el punto de vista jurídico, científico, axiológico, filosófico y sociológico. Posee un enfoque integral que analiza de forma profunda la institución de la propiedad, sin limitarse únicamente al concepto dogmático de la misma, sino analizándola como un producto socio cultural histórico. Aborda el análisis de la validez y racionalidad de conceptos polémicos, dentro de nuestra sociedad y la mayoría de sociedades del mundo actual, como el de la propiedad comunal y el pluralismo jurídico. Polémicos tanto a nivel ideológico y por ende académico, como a nivel político en el entendido de la lucha de poderes e intereses generalmente de tipo económico.

Brinda argumentos científicos y racionales que desmienten la idea de que la propiedad comunal y el pluralismo jurídico desarticulan por completo los valores de seguridad y certeza jurídica. Además, en la investigación aborda el dilema entre la propiedad privada y la propiedad comunal, así como la mitificación de la propiedad privada como derecho humano individualista absoluto e irrestricto. Además, resalta la existencia de modelos funcionales de propiedad comunal que incluso han demostrado ser más racionales y eficientes que aquellos de propiedad privada.

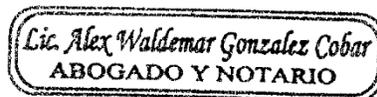
Es un trabajo de investigación sumamente interesante y relevante, ya que mediante el mismo se pretende demostrar que el pleno reconocimiento y fomento de la propiedad comunal, especialmente desde la perspectiva del pluralismo jurídico, puede contribuir a incrementar la realización de los valores constitucionales que definen el Estado constitucional de derecho en Guatemala. Además, es sumamente relevante debido a que propone una solución alternativa al problema de desigualdad, a la crisis alimentaria y al grave problema ambiental actual.

En virtud de lo expuesto y por considerar que la tesis cumple con los requisitos reglamentarios de la Escuela de Estudios de Postgrado, me permito emitir **OPINIÓN FAVORABLE** en relación a la misma, con el objeto que se le permita al estudiante continuar con el proceso correspondiente para sustentar el examen privado correspondiente.

Atentamente,



MSc. Alex Waldemar González Cobar
Tutor de tesis



Guatemala, 14 de marzo de 2018

Doctor Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Dr. Parra Vela:

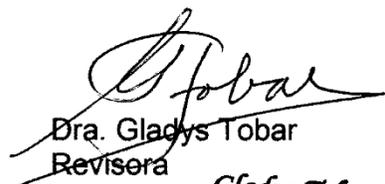
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COMUNAL
DESDE LA PERSPECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO**

Esta tesis fue presentada por la **Licda. Eva Marina Recinos Vásquez** de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Penal, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar
Revisora

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450

GTA/gta.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

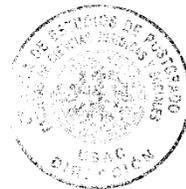
D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, dos de abril del dos mil dieciocho.-----

En vista de que la Licda. Eva Marina Recinos Vásquez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil**, lo cual consta en el acta número 54-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COMUNAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A DIOS:

Quien ha obrado de forma maravillosa en mi vida, y me ha dado sabiduría y conocimiento para alcanzar cada una de mis metas en esta vida terrenal.

A MIS PADRES:

Mauro Virgilio Recinos González y Zoila Marina Vásquez de Recinos (Q.E.P.D.) sea para ellos la honra de este nuevo éxito profesional, por todo su amor, esfuerzos, valores y principios enseñados.

A MI HIJA:

Melanie Angie Mariel con especial dedicatoria por existir, por tu amor, paciencia y comprensión por cada meta y propósito que sigo trazando.

A MIS HERMANOS:

Mario, Gris, Lency, Ranferí, Emilio, Willian, Edwin, Lesbia y Saúl, quienes me han acompañado a lo largo de mi vida y han estado siempre brindándome su amor y apoyo incondicional; y, en especial a Otto quien ha realizado un papel de padre en mi vida y me ha guiado, apoyado y dado su amor en todo momento.

A MIS SOBRINOS:

Por llenar mi vida de alegría, en especial a Raulito, Mishel y Kevin Roca Recinos.

A MIS CUÑADOS:

Edwin Villatoro y Raúl Roca (Q.E.P.D.) por su amor y consejos, y por ser parte de especial en mi vida.

A MIS AMIGOS:

Gracias por ser parte del recorrido de mi vida, y ser mis hermanos escogidos en esta tierra.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por ser parte esencial para el cumplimiento de mis metas profesionales.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN	
1. Aspectos conceptuales e históricos del concepto de propiedad.....	1
1.2. La mutabilidad histórica del concepto de propiedad	6
1.2.1. En el Derecho Romano	8
1.2.2. En la Edad Media	11
1.2.3. En la Época Moderna.....	15
1.3. Justificación de la propiedad privada	18
1.4. La realidad jurídica de América Latina	22
1.5. Resumen y conclusión del capítulo.....	24
CAPÍTULO 2	27
2. La propiedad en el contexto del pluralismo jurídico.....	27
2.1. El pluralismo jurídico después de la Segunda Guerra Mundial.....	28
2.3. La propiedad comunal de la tierra.....	32
2.4. Los conflictos ideológicos que genera la propiedad.....	38
2.5. El problema de los comunes.....	45
2.6. Visiones del mundo indígenas	49
2.7. Resumen y conclusión del capítulo.....	51
CAPÍTULO 3	53
3. La propiedad comunal en Guatemala.....	53
3.1. La propiedad comunal en Guatemala: un desarrollo histórico	56
3.1.1 Marco jurídico de la propiedad comunal en Guatemala.....	61
3.2. Los agudos conflictos en la aplicación de la normativa de tierras comunales	68
3.3. Otros argumentos a favor de la propiedad comunal en Guatemala	74
3.4. El supuesto carácter absoluto de la propiedad privada	77
3.5. Sumario y conclusión del capítulo.....	79
CAPÍTULO 4	83
4. La propiedad comunal dentro del Estado constitucional de derecho.....	83
4.1 Breve descripción del Estado constitucional de derecho	84
4.2. La deconstitucionalización de los órdenes jurídicos	92
4.3. Legalismo y deconstitucionalización	97

4.4. Los derechos colectivos y el pluralismo jurídico	105
4.5. La propiedad comunal y el bien común.....	109
4.6. Los movimientos sociales	105
4.7. Sumario de capítulo y conclusión	113
CONCLUSIÓN	117
BIBLIOGRAFÍA	121





INTRODUCCIÓN

Esta tesis argumenta que es necesario reconocer la propiedad comunal en Guatemala, desde la perspectiva social y del pluralismo jurídico. Las dos razones fundamentales son que este reconocimiento está implícito en los compromisos internacionales de Guatemala y en la racionalidad intrínseca de la propiedad comunal frente a los desafíos ambientales que enfrenta no solo nuestro país sino prácticamente todas las naciones del mundo.

Así, pues, en el primer capítulo se examinan las dimensiones conceptuales e históricas del concepto de propiedad. Mostrando la mutabilidad histórica del concepto de propiedad en el Derecho Romano, medieval y moderno se argumenta que este es un concepto sociohistórico. En este sentido, se analiza la justificación de la propiedad privada en uno de los padres del liberalismo, el inglés John Locke, el cual se opone a Jeremy Bentham, para mostrar que la fundamentación de la propiedad privada no está sujeta a un acuerdo general. En ese capítulo, también, se mencionan algunos aspectos de la propiedad de la tierra en Guatemala, los cuales no se ajustan a los parámetros teóricos de los filósofos liberales examinados en el capítulo.



El segundo capítulo estudia la propiedad comunal bajo la perspectiva del pluralismo jurídico. Se explica este último y se le precisa en relación con su significado para la propiedad de la tierra. Por su importancia, se describen los problemas ideológicos a los que da lugar la propiedad comunal, por lo que se pone en perspectiva histórica la noción de propiedad privada. Después, se discute el famoso problema de los comunes, que ha sido desarrollado a la luz de un famoso artículo del científico Garret Hardin publicado en los años sesenta. Posteriormente, se presenta la visión indígena de la propiedad comunal.

El tercer capítulo analiza la propiedad comunal en Guatemala. El desarrollo histórico de esta. Se demuestra que la propiedad comunal es una realidad histórica. En este orden, se muestra que la Constitución expresa un espíritu favorable a la propiedad comunal de la tierra, en consonancia con instrumentos legales internacionales como la declaración de derechos de los pueblos indígenas. Por esta razón, se enfatiza en torno a las importantes decisiones alcanzadas en este aspecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ilustrar los conflictos se presenta un caso de litigio de tierras en el que se reconocieron derechos ancestrales sobre determinados territorios. En este contexto favorable a la propiedad comunal, se hace un análisis exhaustivo en torno a cómo ciertos sectores de nuestro país se han visto favorecidos en cuanto al derecho de la propiedad se refiere.

El cuarto y último capítulo, por su parte, ubica a la propiedad comunal en el contexto del Estado constitucional de derecho para demostrar que esta promueve la realización de los valores que lo definen. La propiedad comunal, apoyada en el pluralismo jurídico, puede ser un objetivo de demandas políticas para los movimientos sociales que buscan la democratización del país.





Capítulo 1

1. Aspectos conceptuales e históricos del concepto de propiedad

La noción de propiedad es una institución que, a lo largo de la historia, ha creado gran polémica y su concepción ha dado como resultados descontentos en la sociedad. El autor de *El contrato social*, el famoso filósofo ginebrino Jean Jacques Rousseau, en su conocido discurso *Ensayo sobre la desigualdad entre los hombres* escribió un texto que ha sido citado de manera frecuente para mostrar la suprema conflictividad de la propiedad:

El primero al que, después de haber cercado un terreno, se le ocurrió decir *esto es mío* y encontró personas lo bastante simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, miserias y horrores no habrían ahorrado al género humano quien, arrancando las estacas o rellenando la zanja, hubiera gritado a sus semejantes “¡Guardaos de escuchar a este impostor”; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie. (2012, p. 61)

Como es de esperar, Rousseau nunca se ha encontrado solo en su valoración negativa de la propiedad. “La propiedad es un robo”, decía el socialista francés del siglo XIX Pierre Joseph Proudhon. Entre los pensadores que han criticado la propiedad privada destaca Karl Marx, quien desarrolló una crítica de esta que lo llevó a postular la propiedad colectiva sobre los medios de producción como base



de una alternativa comunista al sistema liberal. Marx incluso adjudica una función distinta al Estado, el cual había sido concebido por pensadores liberales fundacionales, como en el caso del inglés John Locke, como el garante fundamental de los derechos intrínsecos del ser humano.¹

Desde luego, otros filósofos han mantenido ideas más positivas respecto a esta institución, como se tendrá oportunidad de ver en secciones posteriores cuando se examine la historia de la propiedad. Dicha historia refleja un interesante intercambio de posiciones, en medio del cual surge el tema de la propiedad comunal, especialmente en el terreno de la lucha por los recursos que plantean los pueblos indígenas y los grupos interesados en la preservación del medio ambiente y los recursos naturales.

La importancia de que la propiedad, como es natural, no puede desvincularse de que el ser humano debe buscar los medios para satisfacer la necesidad de los recursos materiales e incluso espirituales que requiere su propia sobrevivencia. Casi todos los conflictos que ocupan la historia de la humanidad tienen que ver con la apropiación de los satisfactores necesarios para la subsistencia del ser humano. Como es de esperar, la conflictividad que cubre dicha historia tampoco puede considerarse con independencia de la tendencia humana a querer y guardar para sí más bienes de los que necesita y, por lo tanto, al deseo de acumular sobrepasando incluso cuestiones innecesarias. Para entender la historia hay que aceptar algunos

¹ Para una historia de las ideas políticas en la cual se presentan estos puntos véase Sabine 1994.



rasgos negativos de la naturaleza humana, en este caso la ambición, la cual parece tener una presencia constante en todas las culturas y épocas de la historia humana.

Por esta razón, en cierto sentido, el asunto de la propiedad no puede concebirse al margen de la naturaleza humana y las consiguientes luchas sociales por la existencia y el reconocimiento y respeto que experimenta los seres humanos de todos los lugares y épocas. De esto puede deducirse que la misma noción de propiedad es un tópico objeto de disputa. En efecto, en los tiempos modernos, la cuestión de la legitimidad es un tema de urgente necesidad para aquellos que sostienen los derechos de propiedad sobre una multitud de bienes.

La institución de la propiedad es un componente fundamental de todo sistema jurídico. Quizás debido a su carácter polémico, vinculado no solo a la sobrevivencia, sino también a la ambición humana, la propiedad siempre ha sido insegura y, como tal, ha buscado protección. Por esta razón, la seguridad de la propiedad constituye una de las aspiraciones fundamentales del derecho moderno, el cual pretende estabilizar los derechos respectivos.

Ahora bien, una de las razones de conflictividad de la propiedad en el mundo contemporáneo consiste en que la propiedad suele propagarse en su sentido privado. En esta coyuntura, y dada la actual situación de distribución poco equitativa de recursos, se plantea la cuestión de proteger legalmente la propiedad comunal. Esta consideración básica hará que busquemos una concepción de la propiedad más equilibrada, una que reconozca la legitimidad de la propiedad comunal.



Como es de esperar, dicha visión de la propiedad comunal debe ubicarse dentro del marco constitucional guatemalteco, en la mejor interpretación de este. Así, la pregunta que genera la presente investigación es la siguiente: ¿Puede ayudar el pleno reconocimiento y fomento de la propiedad comunal, basado en la existencia del pluralismo jurídico, a incrementar la realización de los valores constitucionales dentro del Estado constitucional de derecho en Guatemala? La respuesta de este trabajo es afirmativa debido a que el reconocimiento de las diversas culturas guatemaltecas puede ayudar a mejorar nuestra situación de ingobernabilidad.

Esta investigación ubica sus argumentos en la intersección de la historia de la propiedad, sus diferentes formas, y los argumentos que se han presentado para justificarla. Asimismo, se sitúa en las actuales discusiones acerca del pluralismo jurídico, especialmente en lo que concierne a Guatemala en los últimos años. En todo caso, por ser una investigación de tipo teórico-conceptual, no puede ubicarse en un tiempo específico, por lo tanto, se trasciende el contexto histórico y geográfico, dado que los autores y épocas estudiadas se encuentran en diferentes ámbitos geográficos e históricos.

En virtud de los problemas económicos y ambientales que se enfrentarán en el futuro, la propiedad comunal debe ser promovida en el país, debido a que contempla aspectos que no son considerados de forma debida en un régimen propietario de naturaleza estrictamente privado. Además, desde un punto de vista jurídico y político, las declaraciones y convenidos asumidos por Guatemala, especialmente la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas, sitúan a nuestro sistema



jurídico dentro de un marco conceptual pluralista que ya no puede ignorarse a menos que se vulnere el espíritu de dichos compromisos.

Es importante garantizar el derecho de propiedad no solo en su versión privada sino también en su versión comunal, para que los objetivos de la eficiencia económica y la justicia social y cultural puedan perseguirse de manera armoniosa. Este objetivo todavía se vuelve más relevante en virtud de la innegable crisis de recursos naturales y del hecho de que la tierra no puede reproducirse, en tanto es un bien limitado.

Se pretende clarificar, conceptual e históricamente, la noción de propiedad, para demostrar que puede haber varias formas de esta, y para sostener que los discursos de legitimación suelen ser de naturaleza plural. En este sentido, como se demostrará, la idea de propiedad comunal también tiene una historia que no puede ni debe ser ignorada, especialmente en una época de considerables desafíos como la presente.

La idea de propiedad comunal, o incluso pública, parece adquirir mayor sentido cuando se aplica a ciertos bienes esenciales para la vida humana, como es el caso de la tierra, el agua, las vías de comunicación, etc. Para ver estas distinciones básicas es necesario acudir a un breve examen de la historia del pensamiento acerca de la propiedad.



1.2. La mutabilidad histórica del concepto de propiedad

En el mundo contemporáneo la idea de propiedad se ha consolidado de manera irreversible. En nuestros tiempos, se ha convertido en sentido común la creencia de que la propiedad es un derecho intrínseco del ser humano, y que sin la protección de este no se pueden garantizar el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de una economía eficiente. La idea de propiedad, como cuestión de hecho, continúa desarrollándose para cubrir nuevos campos, como se tendrá oportunidad de comprobar a medida que avanza esta investigación.

A pesar de dicho fortalecimiento, no se puede ignorar que poco a poco se van imponiendo nuevos criterios para evaluar el sentido y razón de ser de la propiedad. En efecto, a medida que se toma conciencia de los problemas de desigualdad, los problemas ambientales, la exclusión de ciertos grupos poblacionales, los teóricos de diversas disciplinas se van percatando de que aún hay muchas cosas que decir respecto a este instituto. Este hecho muestra la conveniencia de reconsiderar formas de propiedad que se tuvieron lugar hace tiempo, no necesariamente para regresar a ellas, sino para imaginar soluciones para los presentes problemas. Por tal razón, la historia constituye un recurso para el jurista contemporáneo.

En este sentido, como es de esperar, el concepto de propiedad se va transformando a medida que las distintas sociedades se desarrollan. En la actual economía del conocimiento, por ejemplo, ha adquirido una importancia fundamental el concepto de propiedad intelectual. Este hecho, sin embargo, no debe ocultar que existe un



género de propiedad que, por su extensión limitada, adquiere una relevancia que, de todos modos, siempre ha tenido. Este es el concepto de “propiedad de la tierra”. Este es un tópico que reviste un cariz fundamental, especialmente en un país agrícola como el nuestro, el cual, por otro lado, incluye en su seno pueblos y comunidades indígenas, que valoran la vida en el campo, que sostienen diferentes posturas acerca de la naturaleza de la propiedad, principalmente respecto a la tenencia de la tierra².

Es válido, en consecuencia, suponer que la visión de la propiedad cambia de cultura a cultura, y por lo mismo, de una época a otra. Este tema es de particular importancia en un país que como Guatemala posee varias culturas, las cuales no siempre llevan una relación armoniosa; más aún cuando este país ha vivido una historia llena de conflictos. Es, por lo tanto, válido examinar el problema de la concepción de la propiedad en un contexto como el guatemalteco. Este examen es aún más necesario en un tiempo en el cual se acepta cada vez más el pluralismo cultural, aspecto que se estudiará en el próximo capítulo.

Ahora bien, la cuestión de la legitimidad de la propiedad comunal se remite, como es de esperar, a la misma noción de propiedad como concepto general. En este sentido, no se puede asumir, debido a la evidencia histórica, que la propiedad privada haya existido con los rasgos modernos desde los inicios de la historia humana. Una institución tan importante ha ido cambiando notablemente a lo largo

² En las disciplinas sociales contemporáneas la tierra se tiene que distinguir del territorio. El territorio abarca componentes culturales y étnicos.



del tiempo. A continuación, se presentan algunos de los aspectos más generales de dicha historia.

1.2.1. En el Derecho Romano

Como es de esperar, el concepto de propiedad con mayor grado de aceptación en el país se vincula esencialmente con la tradición jurídica occidental, la cual depende en gran medida del Derecho Romano. Este punto, como ya se ha notado, debe matizarse debido a que no se pueden proyectar ideas presentes sobre un pasado que se desarrolló de acuerdo con otras concepciones culturales.

Este hecho, sin embargo, no debe ocultar que la reflexión sobre la propiedad viene de tiempos aún más antiguos. Destaca la defensa de la propiedad privada que, dentro de ciertos límites, desarrolló Aristóteles, quien encontraba en la propiedad moderada una fuente de estabilidad social. Por otro lado, Platón se asomó a la propiedad colectiva en su famosa obra *La República* (2013).³

En esta dirección, el mismo Derecho Romano es una realidad jurídica que sufre cambios a lo largo de los siglos; de este modo, la gran recopilación de Justiniano se verifica cuando el Imperio Romano de Occidente había caído y el de Oriente empezaba a experimentar grandes problemas. Por lo demás, el derecho de los

³ En esta obra, Platón, a través de Sócrates, aclara la noción de justicia en la vida humana estableciendo un paralelo entre las partes de la ciudad (el gobernante, la clase de los guardianes y la clase productora) y las facultades del ser humano (razón, voluntad y sensibilidad)



romanos, compilado por Justiniano, iba a sumirse en la oscuridad de la Edad Media para ser rescatado por los estudiosos de las primeras universidades europeas, lo cuales lo iban a difundir en el derecho común europeo.

En ese sentido, debe notarse en primer lugar, que el Derecho Romano tenía un carácter casuístico, lo cual le impedía formarse conceptos desarrollados sistemáticos con la exhaustividad que se exige en la actualidad. En segundo lugar, el Derecho Romano no tenía el concepto de derecho subjetivo, y, por tanto, no podía tener la noción de propiedad que domina el derecho moderno occidental. La noción de derecho subjetivo, como atributo del individuo, solo aparece hasta que se consolida la misma noción de sujeto, es decir, hasta que nace la época moderna. Este punto ha sido esgrimido por autores como Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate (2008), quienes escriben:

En Roma no se conoció una definición de propiedad como la contenida en el Código francés o en el Código Civil chileno; ni siquiera, una definición como la de Bartolo: *dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*. Por lo demás, los juristas romanos, poco inclinados a elaborar definiciones de carácter general, enfrentaban por lo demás el tema del dominio sin conocer la moderna categoría conceptual de “derecho subjetivo”. De aquí que, al menos desde la perspectiva del Derecho Romano, resulta claro que la principal dimensión que le interesa a la protección constitucional de la propiedad, la indemnidad patrimonial, no tiene como antecedente histórico el tratamiento del dominio ni de la *proprietas* romana.



Los derechos reales reconocidos por el pueblo romano eran: la propiedad, la servidumbre, la enfiteusis y la superficie. Sobre la prenda y la hipoteca, hay discusiones. La propiedad es la potestas más amplia. Los demás derechos reales son subordinados a ella, y existen sobre cosas que ya son de propiedad de alguien. Los romanistas llamaron a estos últimos ‘derechos sobre cosa ajena’ (terminología ausente en las fuentes)”. (Rabinovich-Berkman 2001, p. 331)

Como se ha dicho, el Derecho Romano en la forma en que se conoce actualmente, está mediado por la gran recopilación de Justiniano, emperador bizantino del siglo V de la era cristiana. En todo caso, existen antecedentes a las concepciones más recientes de la propiedad.

Por ello, el desarrollo de la noción de propiedad se introduce ya en la Edad Media. De este modo, es necesario comprender las formas de propiedad que privaron durante el período medieval, el cual se caracteriza, como ya se mencionó arriba, por su notable pluralismo.

1.2.2. En la Edad Media

El derecho de propiedad sufre cambios importantes en la Edad Media, época en la que se establecen las bases territoriales de lo que será la Europa actual. Este punto, sin embargo, no debe ocultar el hecho de que en la Edad Media Occidental se dio una gran dispersión jurídica, producida en parte por la caída del Imperio Romano, y



el lento establecimiento de nuevos ámbitos territoriales dominados por los pueblos bárbaros.

Para comprender la estructura básica de la propiedad medieval deben considerarse los grandes rasgos del derecho feudal, sistema de producción que predomina en esta época de la historia. Por otro lado, debe considerarse que este período histórico está marcado por las luchas entre el poder temporal y el poder de la Iglesia. En este contexto histórico, se va generando conceptos que desembocan en la época moderna, como es el caso del componente moral de la idea de derechos. Hay que tomar en cuenta que los grandes pensadores de dicha época son, en su gran mayoría, miembros de la Iglesia Católica.

Por su brevedad y lo acertado de su análisis del sistema feudal, citamos de nuevo a Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana (2008):

Uno de los efectos más importantes del feudalismo fue la particular forma que asume el dominio territorial en las áreas a las que se extendió. La mayor parte de la propiedad inmueble de la época pasa a incorporarse a las relaciones de vasallaje como beneficio. Se produce así un desmembramiento de la propiedad raíz entre diversos titulares: aquél en quien se origina el beneficio (y que por lo tanto es fuente del derecho del vasallo y mantiene un derecho sobre el feudo) y aquel que la recibe en beneficio, que adquiere las facultades que hoy llamaríamos de uso y goce. Pero el vasallo adquiere también un haz de facultades de disposición, que eventualmente le permitirán entregar a sus vasallos las tierras que ha recibido en feudo,



constituyéndose como señor. Al mismo tiempo, y aun cuando no se dé este fenómeno de sub-infeudación, el vasallo tiene sobre las tierras recibidas en feudo un poder o señorío que le permite disponer al interior del mismo, autorizando la ocupación de tierras por hombres libres, o bien entregándolas a sus siervos para su cultivo (obviamente, contra deberes de retribución de parte de las especies).

Como es reconocido por estos autores, no existe un sentido unificado de propiedad. Este punto es consistente con la dispersión de fuentes de normatividad, entre el poder temporal y el eterno. Estos autores lo confirman en el mismo texto de la cita anterior:

El mapa de las zonas feudales, por lo tanto, permite apreciar una propiedad desmembrada hasta en cuatro o cinco niveles: la titularidad nominal del señor, el título del vasallo sobre las tierras recibidas de su señor, eventualmente un segundo título del sub-vasallo respecto de las tierras que recibe de su señor cuando éstas no están en su dominio directo, sino que forman parte de su feudo, y por último los títulos de aprovechamiento final para quienes ocupan o trabajan efectivamente las tierras. Los territorios no sujetos a cargas derivadas de una relación de vasallaje, esto es, aquella parte de la propiedad territorial que sólo reconoce a un titular de facultades dominicales se denominan alodio (sin perjuicio de los derechos de aprovechamiento que pudiese otorgar).

Uno de los aspectos que muestra la peculiaridad de la propiedad en la Edad Media es el uso de la palabra latina *dominium*, la cual es usada para denotar el dominio sobre las cosas. Efraín Upegui Acevedo, la noción de *dominium* remite a *dominus*,



la cual significa señor y remite, a su vez, a nociones como soberanía, imperio y dominación (Upegui, p 365).

Un punto reconocido por este autor es que la noción de propiedad ya empieza a considerarse como derecho subjetivo, especialmente en Santo Tomás de Aquino. Con la idea de la propiedad como derecho subjetivo se va a hacer posible la concepción del derecho de propiedad en el sentido moderno. En efecto, hacia el final de la Edad Media se consolida progresivamente el concepto de individuo, el cual posteriormente será modelado con base en derechos intrínsecos, entre los cuales se cuenta el derecho a la propiedad. Este individualismo, como es de esperar, va surgiendo como misma necesidad de los cambios económicos que experimenta el mundo europeo alrededor del siglo XV.

Un aspecto que no debe ignorarse es que con Santo Tomas las instituciones humanas se organizan con vistas al bien común. De este modo, también se va consolidando ideas bastante fructíferas como la de la función social de la propiedad, la cual ha sido defendida desde hace buen tiempo por la doctrina social de la Iglesia Católica. Desde luego, la figura de la propiedad comunal no se puede identificar con la doctrina de la función social de la propiedad, pero es evidente que nos encontramos frente a la consideración general de que la propiedad privada no es un instituto de carácter absoluto como se sostiene por parte de los exponentes de la ideología neoliberal contemporánea.



Además, no debe olvidarse que en la Edad Media existen grandes zonas de propiedad comunal, las cuales eran cultivadas para satisfacer las necesidades de las comunidades respectivas. Queda claro, pues, que lo que se puede llamar la propiedad privada es una institución que no tiene un sentido dominante en los largos siglos del Medioevo.

1.2.3. En la Época Moderna

La época moderna, que se inicia en la Europa de siglo XV, constituye el período en el cual se realiza el ideal de propiedad en el sentido que suele usarse en el mundo contemporáneo. Con el desarrollo industrial, las relaciones con la tierra adquieren una nueva fisonomía. De hecho, en países como la Inglaterra del siglo XVIII, la tierra comunal se privatiza, forzando a la antigua clase campesina a buscar trabajo en las factorías de la emergente clase capitalista. En este sentido, debe recalcar que la propiedad comunal existió durante mucho tiempo en Europa. De hecho, la propiedad comunal fue la norma al principio, y de forma progresiva, la tierra comunal se fue volviendo propiedad privada a través del proceso que se conoce como “cercamiento de los comunes”, cuyo modelo es precisamente la Inglaterra del siglo XVIII.⁴

⁴ Para una evaluación actualizada del movimiento del cercamiento de los comunes véase Boyle 2003.



Otro caso lo constituye la historia de los EE.UU., en el cual los indígenas fueron despojados de sus recursos y reducidos a reservas, las cuales existen hasta el día de hoy. Este fenómeno muestra que el surgimiento de la propiedad privada no se ha impuesto solo por medio de discursos persuasivos, sino que hace referencia a momentos de violenta imposición y virtual saqueo de tierras que no eran consideradas privadas antes de ese momento.

Como es natural, los conceptos jurídicos van cambiando, reflejando las nuevas relaciones económicas. El capitalismo necesitaba de una noción fuerte de propiedad privada para poder asegurar sus inversiones. Este proceso de cambio es notable en el campo del derecho civil, especialmente en el continente europeo y América Latina, en donde el derecho civil se adecúa a los moldes del Código napoleónico de 1804. En las palabras del civilista italiano Paolo Grossi “el Código Napoleónico se presenta como el más vivo testimonio del individualismo propietario; esto es, de la marca de identidad más característica y típica de la modernidad jurídica” (Grossi 2013, p. 8).

El intento de conceptualizar y regimentar el derecho civil por parte de esta monumental obra dio como resultado el desplazamiento de otras maneras de contemplar el derecho de propiedad. El artículo 544 del Código Civil Napoleónico de 1804 especifica que “la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, en tanto no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes y los reglamentos”.



Como es de esperar, en la doctrina de los derechos subjetivos se refleja en la concepción de propiedad. De este modo, en la doctrina contemporánea, el jurista Carrasco Prera entiende como propiedad “todo derecho subjetivo que pueda recaer sobre una cosa susceptible de apropiación” (1996, p. 264). Esta definición hace posible distinguir las diferentes posibilidades de dominio que permite un ente: sobre una finca se pueden adquirir diversas propiedades como derechos de caza, de explotación de la tierra, etc. El autor, sin embargo, se apresura a distinguir la propiedad en sentido estricto, del mero usufructo. En todo caso queda claro que existe una visión bastante favorable a la propiedad privada. Cuando se habla de cosas susceptibles de apropiación, como lo hace Carrasco Prera, se entiende el relativamente reciente fenómeno de la propiedad intelectual, el cual, desde luego, no es totalmente nuevo, como se hace patente con los derechos de autor.

Durante muchos siglos el individuo no fue considerado como tal; la persona era valorada como miembro de una comunidad, de un reino, de una ciudad-Estado o de un Imperio, los cuales marcaban las obligaciones, derechos y privilegios de sus miembros.

En todo caso, se debe cuestionar la simple asunción de la propiedad privada como forma única de la propiedad como tal. Este objetivo fundamenta la necesidad de un breve esbozo histórico de la justificación de la propiedad privada. Se podrá, entonces, valorar las verdaderas bases de una noción que no es tan absoluta como a veces se sostiene.



1.3. Justificación de la propiedad privada

Todos los seres humanos somos individuos, entes concretos, diferentes de nuestros semejantes. Sin embargo, la idea de individualismo que funciona como base de la ideología política y económica del capitalismo es un producto histórico. En la Edad Media, por ejemplo, las personas no tenían la idea de que un ser humano es un ser independiente, protegido por una serie de derechos intrínsecos. Esta es una idea renacentista que encuentra una expresión en la obra de Picco de la Mirandola, *De la dignidad del hombre*. Poco a poco, una pléyade de pensadores, entre los que destacan Emmanuel Kant, fueron planteando la idea de que el ser humano es un ente racional, cuya dignidad depende de su racionalidad. Se presenta, entonces, la oportunidad de concebir al ser humano en su plenitud.

Con el concepto de individuo ya disponible, se va generando la idea de propiedad. En este sentido, uno de los argumentos más influyentes para la defensa de la propiedad fue propuesto por el filósofo inglés John Locke (1632-1704). Según esta defensa, la propiedad se basa en el trabajo, surge de la labor del propietario. Locke parte de la famosa tesis de que, al principio, la tierra es de pertenencia común a la humanidad; entonces, todo está a disposición de todos. Se puede tomar cualquier bien de la naturaleza siempre que no se eche a perder y siempre quede para todos. Si alguien siembra un árbol y lo cuida, sus frutos le pertenecen puesto que ha hecho que la propiedad sobre su propio cuerpo se traslade al árbol mismo.⁵

⁵ Para una presentación resumida de la doctrina de la propiedad de Locke se puede consultar Vaughn 1985.



Ahora bien, en virtud de las necesidades que impone el intercambio económico entra en juego el dinero como instrumento de intercambio. De ahí surge la propiedad, tal como se conoce actualmente. Su importancia se hace clara cuando Locke sostiene que el contrato social que da origen al gobierno (Estado) tiene como misión la protección de los derechos inherentes al ser humano, esto es, la vida, la libertad y la propiedad.

Desde luego, la teoría de Locke no ha sido siempre de gusto de muchas personas, puesto que, a la larga, la idea de un derecho natural a la propiedad es extrema. Entonces se crean otras doctrinas que defienden la propiedad privada, pero no la conciben en grados tan extremos como los que le atribuye Locke. En este sentido, por ejemplo, William Blackstone (1723-1780), famoso exponente del *common law*, considera que la propiedad privada es un instituto que surge de la conveniencia. Blackstone sostiene que el derecho sobre la cosa, al inicio, era al *usufructo* no al bien considerado en sí mismo. Como lo apunta, Luis M. Cruz (2001, p.221):

Blackstone parte de la tesis de que existe un derecho natural a los bienes en el estado de naturaleza. No obstante, dicho derecho es entendido no como un derecho a la propiedad, sino a usar de los bienes en beneficio propio. La tierra y todo lo que la contiene, sostiene Blackstone, fue dada originalmente a los hombres en común y, por ello, pertenece a toda la humanidad. Sin embargo, su uso no ha sido común, sino privado; y, precisamente, fue ese uso el que generó el derecho de propiedad: «Por la ley de la naturaleza y la razón, aquél que primero empezó a usarla adquirió una clase de propiedad pasajera, que duró tanto tiempo como fue usada, y no más; o, para



hablar con más precisión, el derecho de posesión continuó por el mismo tiempo que duró el acto de posesión.

En este contexto, se menciona el problema de la propiedad de la tierra, un tipo peculiar de propiedad que plantea problemas interesantes que serán examinados en este trabajo. Prosigue Luis M. Cruz:

Por tanto, la tierra era común, y ninguna parte de ella estaba en propiedad permanente de un hombre particular; además, cualquiera que estuviera ocupando un punto determinado de ella, para descansar, para dormir, o lo que fuera, adquiriría por ese tiempo una suerte de propiedad sobre él, de modo que hubiera sido injusto, y contrario a la ley de la naturaleza, haberle movido por la fuerza; pero en el instante en que abandonase el uso o la ocupación, otro podría tomarlo sin injusticia» (Cruz 2001, p. 221).

Blackstone considera, sin embargo, que debido a la complejidad de la sociedad es necesario proteger no solo el uso, sino garantizar la posesión sobre la cosa misma. De este modo, la propiedad es creada y definida por las leyes en función de las demandas que plantea la vida humana en sociedad.

Las ideas de Blackstone son importantes para este trabajo porque muestran que la propiedad no es ese tipo de posesión absoluta que se quiere sostener en ciertos contextos ideológicos. Por ejemplo, como lo señala Cruz (2001, p. 224), Blackstone considera que la herencia es un artificio ideado por las sociedades, y no un derecho



natural como lo sostiene Locke. En ese sentido, si es conveniente también se pueden crear reglas que protejan la propiedad comunal, la cual puede responder a otras necesidades.

Continúa Cruz mencionando la importancia de la propiedad en Jeremy Bentham, creador de la doctrina conocida como “utilitarismo”. Como se sabe, esta doctrina califica la bondad de toda cosa o institución en función de la utilidad que produce; lo útil promueve la felicidad y el placer. En este sentido, Cruz apunta que para Bentham:

Entre las condiciones básicas de la vida social, Bentham reconoce el carácter principal de la propiedad privada, ya que gracias a ésta el hombre posee las condiciones materiales para realizar su propia felicidad. La propiedad privada es un medio para la producción de placer. De este modo, para Bentham los artículos de propiedad son importantes no como fin en sí mismos, sino como medios para la producción de placer, para la formación y búsqueda de expectativas. Es decir, su valor procede de dos elementos: de su eficacia como medio y de su duración en el tiempo. La propiedad es valiosa porque puede ser «usada» para producir placer... (Cruz 2001, p. 229).

Se puede notar, por tanto, que la idea de propiedad privada, de su carácter natural no es una idea compartida por todos los autores. Siempre ha habido espacio para el disenso, para el debate. Esto significa que la propiedad privada no es, como se piensa, una posición que no puede ser discutida. Esto se hace evidente cuando se



discuten las actuales posiciones con respecto a la noción de propiedad. En esta dirección, vale la pena reconocer que la utilidad y la conveniencia son criterios importantes para pensar la propiedad. Siguiendo esta argumentación, es posible pensar que la propiedad comunal se plantea como una solución para los problemas que enfrentan las sociedades contemporáneas.

En ese sentido, también debe apuntarse que siempre ha habido conciencia de la vigencia de la propiedad comunal en el pensamiento occidental. Como lo dice César Roa Llamazares (2017, p. 12), durante siglos “los pueblos y aldeas en Europa habían organizado su agricultura bajo regímenes comunales de explotación de la tierra”. Por esta razón, también ha existido una ideología crítica de la propiedad privada, como lo muestra el hecho de que la producción teórica de Karl Marx se elaborara en el siglo XIX para responder a las terribles condiciones de vida en la que vivían los obreros en las primeras fábricas.

1.4. La realidad jurídica de América Latina

En América Latina existe una tradición de propiedad que no se ajusta a la europea, debido precisamente a la forma de dominación española, la cual impuso su dominio a través del derecho indiano. La mejor descripción hasta la fecha sobre las relaciones económicas en Guatemala está brindada por el clásico libro *La patria del criollo* de Severo Martínez Pélaez.



Debe notarse que, durante el período colonial, la Corona aceptaba la existencia de tierras comunales para los pueblos indígenas, los cuales se regían según sus costumbres en lo que se llegó a denominar “Repúblicas de Indios”. La propiedad comunal de las tierras llegó incluso a ser restablecida con el gobierno conservador de Rafael Carrera.

Las formas básicas de opresión colonial de los indígenas son el repartimiento y la encomienda. En términos generales, la explotación fue inmisericorde, lo cual llevó a muchos episodios de amotinamiento como lo prueba Severo Martínez Peláez en su libro *Motines de indios* (2011).

La encomienda colonial, como lo hace ver Severo Martínez Peláez (pp. 66-68), se origina a partir de la Leyes Nuevas de 1542, y a través de ella, los conquistadores o descendientes tienen derecho a una parte del tributo de los indígenas, que a partir de esas leyes se convirtieron en “vasallos libres”. La realidad, sin embargo, como lo demuestra el destacado historiador guatemalteco, es que los encomenderos manipularon las leyes de tal manera que logran mantener a los indígenas en una situación de virtual esclavitud.

En América Central, el desplazamiento de la propiedad comunal es un producto de los gobiernos liberales, que, en el caso de Guatemala, se consolida con el gobierno revolucionario de Justo Rufino Barrios. Durante este gobierno se privatizaron las tierras indígenas, los bienes de la Iglesia Católica, así como se repartieron los terrenos baldíos. Como lo señala el historiador Rodolfo Pastor (2011, p. 273), los



gobiernos centroamericanos se esforzaron en eliminar el rezago respecto a Europa y los EE.UU., creando un mercado de tierras que impulsaría criterios liberales para conseguir el progreso.

Como es bien sabido, la situación de las tierras comunales fue desapareciendo. Esto provocó una situación de desbalance en la propiedad de la tierra. En este proceso histórico, los indígenas se vieron sometidos a un violento proceso de explotación por parte de los sectores cafetaleros. Los intentos por establecer una reforma agraria por Jacobo Árbenz Guzmán se vieron frustrados por el movimiento liberacionista en 1954.

Estas breves consideraciones, las cuales serán expandidas en el capítulo tercero, señalan que la cuestión de la propiedad en Guatemala debe evaluarse en función de la historia que ha vivido el país. Se puede, por lo tanto, considerar la propiedad comunal en función de las visiones culturales de los pueblos indígenas. Esta tarea será acometida en el próximo capítulo, en donde se examina la forma de pensar la propiedad por parte de los pueblos indígenas.

1.5. Resumen y conclusión del capítulo

En este capítulo se han planteado los parámetros de la presente investigación. Se ha argumentado que los enfoques de la propiedad cambian con el paso del tiempo, y con la consideración de otros contextos regionales y culturales. Incluso en el mundo occidental, existen posturas que defienden la propiedad privada, pero bajo



consideraciones teóricas que no se basan en Locke, quien sostiene que la propiedad privada es un derecho inherente del ser humano.

También se ha argumentado que existe una tradición de defensa de la propiedad comunal, especialmente de la tierra. Esta realidad casi milenaria pone en cuestión la legitimidad de la propiedad privada, o por lo menos la circunscriben de una manera notable, especialmente en lo que concierne a la propiedad de la tierra. Por lo tanto, la forma en que esta se organiza adopta una importancia política suprema.

Estas consideraciones llevan a la tesis de que se debe estudiar la propiedad comunal en Guatemala a la luz de las circunstancias culturales e históricas de nuestro país. Esta tarea será acometida en el capítulo tercero, debido a que es necesario examinar la naturaleza del pluralismo jurídico, especialmente en lo relativo a los pueblos indígenas. Existe evidencia histórica que el régimen comunal de propiedad de la tierra está arraigado de manera profunda en la cosmovisión de los pueblos indígenas guatemaltecos.

Se ha visto que el concepto de propiedad está lejos de poseer los contornos nítidos que cabría esperarse de un concepto básico del derecho. Aceptando este punto, se ha hecho claro, además, que la visión comunal de la propiedad de la tierra es una realidad que, como cuestión de hecho, goza de mayor soporte histórico que la noción de propiedad privada. En esta dirección, la compra y venta de la tierra, así como su apropiación por manos privadas, puede estar sometida a restricciones de

orden cultural, y eventualmente de orden legal, en procesos que refieren a la conveniencia que demanda el bien común.



En ese sentido, la propiedad comunal es una exigencia de justicia colectiva, la cual también ayuda a protegernos ante la crisis ecológica. Afortunadamente, el pluralismo jurídico abre nuevos modos de concebir la apropiación o uso de los bienes de la naturaleza, los cuales pueden desembocar en manos privadas si no se reconoce la racionalidad de la propiedad comunal. Los argumentos que fundan dicha afirmación son objeto de análisis en el próximo capítulo.

CAPÍTULO 2



2. La propiedad en el contexto del pluralismo jurídico

Este trabajo se ha propuesto investigar el tema de la legitimidad de la propiedad comunal a la luz del pluralismo jurídico, especialmente el que concierne al ámbito guatemalteco. En efecto, la visión comunal de la propiedad es un componente fundamental en muchas visiones del mundo, y por su relevancia para esta investigación, en las cosmovisiones de los pueblos indígenas que habitan nuestro país.

Es decir, se comparan dos visiones jurídicas de la propiedad: la privada es la que se ha impuesto en el mundo occidental, y la comunal, que corresponde a la planteada por las cosmovisiones indígenas. Desde luego, las dos necesitan seguridad jurídica, un requisito general por el que debe lucharse en toda sociedad moderna, pero que no debe limitarse al ámbito privado.

Ahora bien, es necesario aclarar que, por la naturaleza del tema de este trabajo el cual estudia la propiedad comunal desde la perspectiva del pluralismo jurídico.

La propiedad comunal debe considerarse como un componente de la visión jurídica de los pueblos indígenas, la cual está protegida por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento de los que



Guatemala es signataria. De este modo, este capítulo se inicia con una breve reflexión acerca del pluralismo jurídico contemporáneo.

2.1. El pluralismo jurídico después de la Segunda Guerra Mundial

Una de las grandes tendencias de todo grupo humano radica en considerar que sus formas de pensamiento constituyen la única manera genuina en que se puede interpretar la realidad. En este sentido, cada comunidad, toda colectividad, en determinado momento histórico, tiende a pensar que sus modelos de pensamiento son los que más se adecúan al sentido común. De este modo, en los campos de la religión, la política, la economía, etc., se piensa que la realidad genuina es aquella descrita por las creencias mantenidas por las sucesivas generaciones de una sociedad específica. Indudablemente, dicha tendencia se encuentra en la raíz de muchos de los conflictos que enfrentan los grupos humanos cuando se descubren o interactúan unos con otros.

Los cambios conceptuales, especialmente aquellos que abordan aspectos importantes para el sistema social en cuestión, siempre han provocado conflictos en la sociedad respectiva. Por esta razón, las sociedades multiculturales contemporáneas exigen la virtud de la tolerancia, la cual necesita una sociedad como la guatemalteca.



A pesar de dicha tendencia a considerar lo propio como lo mejor, el pensador brasileño Antonio Carlos Wolkmer (2003, p. 3) sostiene que el tema del pluralismo atraviesa diferentes etapas de la historia occidental, en los mundos medieval, moderno y contemporáneo, insertándose en una compleja multiplicidad de interpretaciones, posibilitando enfoques marcados por la existencia de más de una realidad y por la diversidad de campos sociales con particularidades propias.

En este sentido, y ya en el campo jurídico, algunos autores como Paolo Grossi (2003), ha mostrado que la unidad codificada del derecho, plena y exhaustiva, es una realidad moderna, que como se hizo ver en el primer capítulo, surge con el Código Napoleónico, el cual certifica la necesidad de seguridad jurídica de la clase capitalista que se consolidaba en Europa en ese tiempo.

En los últimos años, han surgido movimientos políticos, sociales e intelectuales que cuestionan el predominio de la cultura occidental sobre las cosmovisiones de otros grupos, especialmente los subordinados. Es natural que dichas tendencias se hayan afirmado después de la Segunda Guerra Mundial, debido al surgimiento del discurso de los derechos humanos. Por otro lado, en cuanto al nivel cultural, dicha guerra demostró que Europa no era precisamente un modelo de racionalidad, debido a que la misma fue provocada, precisamente, por corrientes culturales y políticas que, como el fascismo y el nazismo, se habían incubado en su seno.

De este modo, se han generado tendencias culturales que cuestionan el dominio de unos grupos sobre otros en el seno de la misma cultura occidental o que ponen en



entredicho ideas extendidas en occidente. El desarrollo progresivo de la idea de derechos humanos ha iluminado áreas en las que se dan distintas violaciones de los derechos humanos. En este contexto, han surgido movimientos como diversas modalidades de feminismo, el ecologismo o ambientalismo, entre otros.

En esta coyuntura se operó una revaloración de los pueblos indígenas. Este espíritu fue hábilmente desarrollado en los foros del Derecho Internacional. En esta línea se fueron generando convenios y declaraciones en favor del respeto de dichos pueblos. Estos cambios han desembocado en la promulgación de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

Los países que han ratificado esta declaración, entre ellos el nuestro, deben introducir cambios dentro de su legislación, lo cual implica en cierto sentido que los profesionales del campo jurídico deben cambiar las perspectivas con que abordan las cuestiones jurídicas relativas a la propiedad. Dicha declaración promueve diferentes formas de la propiedad, en especial, la forma de la propiedad comunal. En su Preámbulo, en efecto, dicha declaración reconoce “la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados...” Además, en el artículo 26 se acuerda:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos



indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Se puede deducir, por tanto, que el pluralismo jurídico es, en la época moderna, producto del desarrollo de los derechos humanos. Ahora bien, en virtud de la predominancia de este discurso en las cartas constitucionales modernas, el pluralismo jurídico se encuadra dentro del discurso de los derechos indígenas.

En el caso de nuestro país, ha sido notable la implementación de medidas de seguimiento internacional para verificar el cumplimiento de los acuerdos en los que se compromete el país. Como lo hace ver la investigadora australiana Fleur Adcock (2015), el gobierno guatemalteco ha recibido la visita de distinguidos expertos, cuyas recomendaciones son seguidas en cierta medida, pero no se han realizado avances en lo que concierne a las consultas comunitarias. Este tópico es sumamente importante debido a los continuos problemas con las industrias extractivas.



De este modo, el movimiento indígena ha ganado gran influencia en el país. En este sentido, la funcionaria de la ONU en Guatemala, Catalina Soberanis declara lo siguiente:

El pueblo maya es el que más ha desarrollado sus organizaciones y mejor ha reconocido las oportunidades para impulsar sus demandas y propuestas frente al Estado, especialmente con motivo de la negociación de los Acuerdos de Paz. Sus demandas recogen las aspiraciones de todos los pueblos indígenas de Guatemala, aunque han evolucionado según el contexto nacional e internacional. Así, a la demanda por la tierra se ha agregado la demanda por el territorio, y las reformas institucionales se amplían a una reforma integral del Estado. Quienes se oponen abiertamente o en forma encubierta a esas demandas argumentan que satisfacerlas conduciría a la división del país (Soberanis 2015, p. 124).

2.3. La propiedad comunal de la tierra

A menudo, los movimientos indígenas buscan actualizar visiones del mundo que se enraízan en su historia. En este sentido, la concepción de propiedad no se adecúa ni se limita a la visión de la propiedad que ha regido en el mundo occidental a partir del siglo XVIII. Como ya lo dice Wolkmer, el mundo occidental también ha experimentado el pluralismo jurídico.



Ahora bien, para los pueblos indígenas la comunalidad de la propiedad es un aspecto profundamente arraigado en su cosmovisión. En ese sentido, el intelectual guatemalteco Juan Carlos Us Pinula dice que:

el acceso de la tierra, por parte de indígenas, campesinos y campesinas, debe ser entendido como *una forma de garantía de valoración de su cultura, de la autonomía de las comunidades y de una nueva visión de preservación de los recursos naturales, para la humanidad y para las futuras generaciones* (subrayado e itálicas en el original).

Esto significa que el eje principal alrededor del cual van a girar las demandas de los pueblos indígenas del país radican en aquellos que remiten a los derechos de la tierra y los recursos naturales.

En este contexto, una pregunta interesante es qué visión de la propiedad tenían las poblaciones originarias de Guatemala. No se trata de postular que se debe regresar al pasado, únicamente es cuestión de comprender la historia para entender el presente. También no se trata de romantizar el pasado como si este hubiese sido un período armónico de la historia.

La tarea en sí es difícil puesto que, como lo apunta el jurista Oscar Correas, reconocido partidario del pluralismo jurídico, el “problema de la propiedad consiste en que pretendemos usar esta palabra para referir fenómenos sociales, esto es, relaciones sociales, diversos; pertenecientes a distintas sociedades” (Correas 2007,



p. 123)⁶. Esta idea parece apoyar los planteamientos historicistas de Paolo Grossi, los cuales insisten en que el término “propiedad” se quiere aplicar a fenómenos bastante diversos sobre los cuales es difícil llegar a una generalización, a un conjunto de características precisas.

Se puede lanzar la hipótesis respecto a la tenencia de la tierra en la época pre-colonial, teniendo en cuenta documentos como los memoriales, informes de los cronistas de indias, testimonios escritos por los mismos indígenas de ese tiempo, etc. En todo caso, como lo recuerda el investigador guatemalteco Julio César Cambranes (2004, p. 40), tampoco se puede idealizar el pasado indígena pre-colonial, porque en esa época también hubo apropiación del trabajo de los grupos que se encontraban en el fondo de la pirámide social respectiva. De otro modo, se puede caer en la inconveniencia de privilegiar el modo comunal de propiedad sobre otros esquemas que, como el privado, también promueven el desarrollo de la iniciativa del ser humano, el cual también debe gozar del producto de su esfuerzo.

Desde luego, en el tiempo de la Conquista había bastantes naciones indígenas, las cuales compartían, en nuestro caso, características comunes, lo cual permiten hablar incluso de Mesoamérica. Esta área regional se despliega desde el Norte del México actual hasta Nicaragua, asumiendo la existencia de culturas con rasgos

⁶ De hecho, Correas ubica sus ideas dentro de una visión de la propiedad cercana a Marx y Engels, en donde la forma de la propiedad sobre los medios de producción define específicas relaciones sociales de producción.



comunes. En esta región, existieron pueblos como los olmecas, los teotihuacanos, los mayas y los aztecas.

A partir del planteamiento de esta tesis, mencionamos que Julio César Cambranes (2004, p. 48) hace referencia al historiador Jorge Luján Muñoz, quien afirma que, por ejemplo, para los poqomames de Petapa, la tierra pertenecía a los clanes, cuyos caciques las distribuían entre las respectivas familias. Salvando las distancias terminológicas, Cambranes es de la opinión de que la propiedad individual se conoció en el mundo pre-colonial y que este tipo de propiedad coexistió con la propiedad comunal (Cambranes 2004, p. 48). La propiedad comunal, sin embargo, parecía tener más peso. Así, Cambranes (2004, p. 49) hace referencia a que la propiedad comunal predominó en la época clásica de los mayas, aun cuando hubiese algún género de propiedad sobre terrenos que producían productos bastante valorados como el cacao y henequén. Además, no puede olvidarse que las campañas militares implican el advenimiento de una nueva clase de “propietarios” de las tierras; lo mismo sucedió con los comerciantes que usaban sus recursos para apropiarse de tierras. En todo caso, como lo señala Cambranes, los campesinos casi siempre se limitaron a ser meros usufructuarios de los terrenos que cultivaban (Cambranes 2004, p. 49).

La importancia de la tierra comunal en los pueblos mesoamericanos se confirma por la apreciación de la noción de propiedad que tenían los mexicas, en la opinión del historiador José Miranda González quien distingue entre la propiedad comunal



(asignada al grueso de la población mexicana) y la que estaba reservada para la nobleza (Miranda González 1962, p. 8).

En esta dirección, Carlos Guzmán Böckler y Jean-Loup Herbert (2002, p. 32) escriben acerca que el nivel de riqueza alcanzado por las sociedades prehispánicas hacía que ya hubiese propiedad privada sobre la tierra que producía frutos y cacao. Sin embargo, dichos autores también enfatizan que existía un régimen comunal de tierras que servía para la guerra y el culto, y el cual asimismo servía para distribuir entre campesinos para su usufructo particular (Guzmán Böcker y Herbert 2002, p. 33).

Existe, pues, evidencia para mostrar que hubo una visión comunal de la tierra en el mundo prehispánico, aun cuando hubiese atisbos de propiedad privada por parte de los sectores dominantes (gobernantes, sacerdotes, etc.) de las respectivas sociedades. De este modo, puede decirse que la visión de la comunidad de la tierra se corresponde con las cosmovisiones prehispánicas de estos pueblos.

Es claro que la misma relación hacia el territorio está mediada por la tradición, especialmente en un contexto histórico en el que el Estado o gobierno siempre conlleva pérdidas para los sectores de menor poder. En este contexto, las comunidades indígenas también saben defender sus derechos dentro del régimen moderno de propiedad.



De este modo, las comunidades indígenas llegan a guardar sus títulos de tierras, los cuales se depositan en lugares especiales y se conservan con detalles simbólicos. Este fenómeno lo ha probado el investigador Shelton Harold Davis para el caso de la población qu'anjob'al de Santa Eulalia, Huehuetenango (Davis 1997, p. 66). Este hecho hace evidente que la necesidad de la seguridad jurídica también debe ser provista a los pueblos indígenas guatemaltecos, y no solo a los empresarios del país.

El respeto por las formas de propiedad indígena se ubica dentro de la progresiva aceptación del pluralismo jurídico. En los considerandos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se externa la preocupación por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

En su Artículo 10 se reconoce que:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.



Este reconocimiento, sin embargo, demanda formas nuevas de considerar la tierra.
En este sentido el artículo 25 especifica:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Se puede concluir, como resultado de esta sección, que existe una obligación constitucional de reconocer los derechos indígenas sobre sus tierras y territorios. Como se verá en el capítulo tercero, ya existe jurisprudencia nacional al respecto. Ahora bien, en el fondo existen irreconciliables diferencias ideológicas entre quienes defienden el derecho a la propiedad comunal y los que sostienen que dicha propiedad debe ser únicamente privada.

2.4. Los conflictos ideológicos que genera la propiedad

En la actualidad, y a partir del progresivo reconocimiento de las figuras jurídicas de los Pueblos Indígenas se puede notar que nuestro sistema jurídico empieza a experimentar la necesidad de un cambio. A medida que se reconocen los derechos de estos pueblos resulta claro que algunos conceptos de nuestros ordenamientos jurídicos no son universalmente válidos, sino que más bien emergen de la dinámica histórica de la cultura europea, especialmente en la época moderna, esto es, el



período en que se consolida el pensamiento burgués-capitalista. Como es natural, la región latinoamericana se ha ubicado en la órbita de los países capitalistas, y por tanto, sus instituciones principales han seguido los modelos europeos y latinoamericanos.

Ahora bien, las diferencias en el concepto de propiedad pueden traer grandes conflictos, ante todo porque bajo esta noción se agrupa las posesiones de los individuos y las colectividades. Esto es cierto, especialmente en una época que, como la nuestra, privilegia los derechos de propiedad privada, los cuales se visualizan como necesarios para el libre mercado, lo que, a su vez, a decir de sus defensores, garantiza una óptima distribución de bienes que son siempre escasos. No puede desdeñarse, en este orden de ideas, el carácter absoluto con que se considera la propiedad privada dentro del pensamiento burgués. En la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, en el artículo 17, la propiedad se considera como sagrada e inviolable. En el capítulo anterior se ha visto la forma en que la absolutidad de los derechos de propiedad se prolonga en el Código Napoleónico de 1804.

Limitar la propiedad privada no implica un riesgo de dictadura o gobierno totalitario. Simplemente las condiciones históricas cambian de un período a otro. De este modo, cuando se organizaron las sociedades modernas se buscó evitar el peligro que significaba el poder absoluto de los monarcas. Hubo un tiempo en el que nada podía detener el poder del gobernante absoluto. Entonces se luchó por garantizar los derechos del individuo frente al poder del Estado. En ese sentido, se puede



entender que haya surgido en un momento determinado la defensa a ultranza de la propiedad privada, la cual podía ser confiscada por el soberano absoluto.

Sin embargo, como se ha dicho, las situaciones históricas cambian, y ahora se puede decir que es el Estado el que va perdiendo fuerza frente al poder de los propietarios. En esta dirección, conviene citar el siguiente texto del civilista italiano Ugo Mattei:

La tradición occidental moderna se desarrolló en el marco de la dialéctica Estado-propiedad privada, en un momento histórico en que sólo esta última parecía necesitar protección frente a gobiernos autoritarios y omnipotentes. De ahí provienen las garantías constitucionales que son la utilidad pública, el ámbito reservado a la ley (que le garantiza al legislador el monopolio de ciertas cuestiones, si se excluyen las intervenciones de otros poderes del Estado en forma de decretos o regulaciones) y la indemnización. Pero ahora que la relación de fuerza entre Estado y sector privado evolucionó, la propiedad pública también necesita protecciones y garantías a largo plazo. Pero he aquí que estas son difíciles de concebir dentro del marco tradicional, que restringe la cosa pública al Estado. Es por eso que la protección liberal clásica de lo privado en relación al Estado ya no alcanza (Ugo Mattei, <http://www.eldiplo.org/notalas-web/derecho-contra-las-privatizaciones>).

Hay hechos relevantes que apoyan la advertencia de Ugo Mattei, como se da en el caso de muchas empresas que llegan a tener más poder económico que muchos países. Es un hecho evidente, por ejemplo, que los gobiernos del tercer mundo nunca llegarán a tener el poder financiero que los mayores bancos del mundo. Ante



todo, porque el poder financiero rápidamente se convierte en poder político, mediático, etc. En este contexto, vale la pena recordar lo que resumía el diario español *el País* cuando, basándose en un informe de la Fundación Global Justice Now, mencionaba que al combinar el valor de las 10 multinacionales más grandes del mundo se obtiene una figura “comparable al producto interior bruto de los 180 países más pequeños del planeta, un grupo que incluye a Irlanda, Indonesia, Israel, Colombia, Grecia, Sudáfrica y Vietnam, por citar a las más relevantes”⁷.

Mattei continúa diciendo:

Es decir que toda privatización decidida por la autoridad pública –representada por el gobierno de turno– priva a cada ciudadano de su cuota de bien común, exactamente como en el caso de una expropiación de un bien privado. Pero con una diferencia importante: la tradición constitucional liberal protege al propietario privado del Estado constructor, instituyendo la indemnización por expropiación, mientras que ninguna disposición jurídica –y menos aún constitucional– ofrece ninguna protección cuando el Estado neoliberal traslada al sector privado los bienes de la colectividad. (<http://www.eldiplo.org/notas-web/derecho-contra-las-privatizaciones>).

Desde nuestro punto de vista, existen posturas doctrinales que ya permiten concebir la propiedad comunal en términos de derechos, en especial, la idea de derechos colectivos. En este contexto, debe recordarse que la apropiación privada de los

⁷ 10 empresas más grandes que 180 países”, *El País*, 30 de septiembre de 2016. El informe de Global Justice Now está, en inglés, en <http://www.globaljustice.org.uk/>.



recursos naturales puede llevar a dificultades para satisfacer los derechos sociales. No puede ignorarse el hecho de que en los últimos tiempos muchas personas en nuestro país, y otras naciones del mundo, prácticamente carecen de satisfactores para los derechos a la salud, a la alimentación, a un trabajo digno.

En la actualidad, se hace presente la necesidad de reconsiderar la propiedad comunal, debido a una serie de argumentos relacionados con algunos problemas de la edad contemporánea. Estos problemas se relacionan con la incapacidad de lograr una vida pacífica con el notable aumento de la desigualdad alrededor del mundo. En esta dirección, un reciente informe de Oxfam⁸, institución que se ha destacado por la seriedad de sus investigaciones, demuestra que la “desigualdad económica y social es uno de los mayores lastres que impiden a las sociedades latinoamericanas alcanzar el desarrollo sostenible y supone un obstáculo para su crecimiento económico”. La concentración de la riqueza hace que en “la región, 32 personas privilegiadas acumulan la misma riqueza que los 300 millones de personas más pobres”. Este fenómeno toca nuestro tópico, puesto que se afirma que esta “desigualdad económica está íntimamente relacionada con la posesión de la tierra, pues los activos no financieros representan un 64% de la riqueza total” (Oxfam 26, p. 13).

Quizás el mayor argumento es la situación de precariedad de muchas personas alrededor del mundo. Este es uno de los mayores problemas que enfrenta la gente

⁸ El nombre de esta organización viene del comité Oxford (Ox-) que combatió el hambre (famine) en Inglaterra a principio de la década de los cuarenta.



indígena en Guatemala. Existe una desigualdad muy grande que pone en peligro la misma gobernabilidad de las sociedades contemporáneas.

Un segundo argumento es el problema del mal uso de los suelos. En Guatemala destaca el problema de la palma africana, la cual va reduciendo la posibilidad de responder a los desafíos de la soberanía alimentaria porque ocupa tierras que de otro modo servirían para cultivos dedicados a la producción de alimentos.

El tercer aspecto es el de los bienes comunes de la humanidad. Existe una serie de bienes que son absolutamente necesarios para la supervivencia de la humanidad. Se debe reconocer que la idea del derecho a la propiedad como un derecho subjetivo absoluto no permite visualizar los diferentes tipos de propiedad, concepciones distintas que, en un momento dado, pueden entrar en conflicto. En particular, la referencia a derechos subjetivos suele enfatizar la idea que el derecho de propiedad es básicamente privado, postura que, aparte de ser cuestionable desde un punto de vista cultural, oscurece la existencia de derechos de tipo común e incluso bienes universales, como el agua o el aire.

Esta idea ha sido apoyada por eminentes juristas de la época actual. Así, por ejemplo, el civilista e historiador Paolo Grossi ha insistido en que la noción de propiedad ya no puede entenderse tan solo en función de su significado como propiedad privada; en algunas culturas la tierra no pertenece al ser humano, sino que este pertenece a la tierra (1992, p. 26). En ese sentido, Grossi insiste en que la noción de propiedad está anclada en una “mentalidad propietaria” (1992, p. 61). Por



ello, es comprensible que no todas las culturas del mundo hayan hecho el mismo énfasis en la propiedad privada, como lo ha hecho la cultura occidental.

La realidad, sin embargo, es que la propiedad siempre debe tener límites, y estos están fijados por el bienestar de la sociedad en su conjunto. En ese sentido, nuestra Constitución recoge el principio ya tradicional de la función social de la propiedad. Además, en virtud de los cambios que introduce el reconocimiento del estatuto político y jurídico de los Pueblos Indígenas dicha consideración de la propiedad debe encuadrarse dentro del respeto debido a las visiones del mundo de dichos pueblos.

A pesar de este hecho positivo, al reconocimiento de la diversidad, la desigualdad en la propiedad se ha ido acrecentando a medida que pasa el tiempo, con las negativas consecuencias de conflictividad e ingobernabilidad. Se ha vivido mucho tiempo bajo los presupuestos de un liberalismo individualista bastante pronunciado. Es necesario, por lo tanto, no solo dar a conocer sino también desarrollar la propiedad comunal para que también se beneficie con la seguridad jurídica.

Debe notarse que las preguntas más importantes respecto a la propiedad se dan en el ámbito de la tierra. Esto no quiere decir, sin embargo, que dicha idea no se encuentre en otros cambios de la actividad humana.

La privatización, sin embargo, esconde muchos aspectos controversiales que deben examinarse. No es casual que el derecho a la propiedad privada parezca gozar de

una importancia que sobrepasa la de otros derechos como el derecho a la vida o la salud.



2.5. El problema de los comunes

Uno de los grandes ejes de discusión en la opción entre propiedad privada y bienes comunes lo constituye el argumento que se conoce con el nombre de la “tragedia de los comunes”. Esta idea fue defendida en 1968 en un famoso artículo por el científico Garret Hardin. Desde entonces este argumento ha sido un referente teórico para los que critican la propiedad comunal. Lo escogemos para mostrar que este problema ha llevado a una valoración positiva de la propiedad comunal aun en el contexto de la economía contemporánea. El problema lo plantea directamente Hardin en el siguiente escenario:

La tragedia de los recursos comunes se desarrolla de la siguiente manera. Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia (Gardin 1968, p. 4).



Hardin se cuestiona acerca de la lógica individual en este pastizal de uso abierto. Volvemos a citar a este autor por su inmejorable forma de presentar su posición.

Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, se pregunta, ¿cuál es el beneficio para mí de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo. 1. El componente positivo es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a +1. 2. El componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión particular tomada por un pastor es solamente una fracción de -1 (Hardin 1968, p. 4).

Según esta idea, cuando la propiedad es común no existen incentivos individuales para cuidar del patrimonio respectivo; las personas actúan de manera irresponsable echando a perder los bienes. Esto lo confirma la consideración final de Hardin respecto a problema planteado. Continúa Hardin:

“Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más... Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno

buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos (Hardin 1968, p. 5).



Es bueno mencionar que Hardin reconoce algunos problemas de la libertad privada de esos comunes. Reflexiona, por ejemplo, en el fenómeno que se da cuando los herederos dilapidan los recursos. Este pensador hace evidente, hacia el final de su artículo, que la solución consiste en limitar la libertad de procreación de las personas. Sin embargo, los partidarios de la propiedad privada han usado este argumento de una manera unilateral, para afirmar la superioridad de la propiedad privada sobre la comunal.

Sin embargo, esta postura ha sido cuestionada en la época contemporánea. Muchas ideas sobre este tema han sido desarrolladas por la ganadora del Premio Nobel Elinor Ostrom, investigadora que demostró que la propiedad comunal es una realidad de signo positivo en muchos contextos. Antes de ella se solía pensar que los bienes en común eran manejados de manera inadecuada, según la mala interpretación del texto de la “tragedia de los comunes”.

Las investigaciones dirigidas por Ostrom muestran que las instituciones de organización comunal garantizan un usufructo adecuado de los bienes comunes. Se muestra, por ejemplo, que en México el 80% de los bosques son propiedad de comunidades agrarias (2011, p. 9). Esta autora también hace ver cómo el manejo del agua en Nuevo México ayudó a gestionar adecuadamente el agua en una región



con poca agua; sin embargo, cuando familias ricas empezaron a comprar tierras para casas particulares dentro del sistema de riego, el sistema empezó a generar problemas (2011, pp. 9-10). Las investigaciones de esta autora y su equipo incluso han sido replicadas en estudios de laboratorio.

Puede verse, por tanto, que las diversas propiedades de instituciones de propiedad comunal pueden ayudar a gestionar recursos naturales que, por su naturaleza, no conviene que se trasladen a manos privadas. Estas modalidades de organización institucional deben ser estudiadas para encontrar soluciones a los problemas prácticos que plantea el reconocimiento de la propiedad comunal en contextos que, como el nuestro, han sido profundamente influenciados por la perspectiva individualista de la propiedad.

En efecto, la propiedad comunal de la tierra puede brindar medios de subsistencia para la población guatemalteca, ayudando a satisfacer los derechos alimentarios. En la Mesa Nacional de Diálogo, las tendencias predominantes planteaban por un lado el reconocimiento a nivel constitucional de un sistema de justicia paralelo al sistema oficial, mediante la reforma al artículo 203 de la Constitución; y por otro, se argumentaba que la reforma resultaba innecesaria, pues el pluralismo jurídico ya formaba parte integral del ordenamiento jurídico nacional mediante el denominado “Bloque de Constitucionalidad” que incorpora los tratados internacionales sobre derechos humanos y los equipara al mismo nivel que la Constitución, incluso

otorgándoles cierto grado de “preeminencia”, de conformidad con el artículo 16 de la Constitución Política de la República.



Dado que la tierra se utilizaría para bienes de consumo, especialmente alimenticio, se podría evitar el problema de los monocultivos, lo cual puede ayudar a mejorar la situación ambiental del país. Así podría liberarse tierra para producción alimentaria. Finalmente, la propiedad comunal podría ayudar a generar un sentido de respeto a los Pueblos Indígenas y sus visiones del mundo, lo cual ayudaría a una profunda integración de la sociedad guatemalteca. Esta integración es hoy más necesaria que nunca, dado el nivel de conflictividad de nuestra sociedad.

2.6. Visiones del mundo indígenas

Corresponde ahora pasar a examinar de manera muy breve la cosmovisión de los pueblos indígenas. Este punto permite comprender que existen razones de peso para aceptar la racionalidad de la propiedad indígena. Esta tarea permitirá evaluar la defensa rigurosa de la propiedad privada, especialmente de la tierra. Debe reconocerse que también las ideas acerca de la propiedad privada, especialmente de los recursos naturales, tienen como base las creencias básicas de la cultura occidental de naturaleza capitalista.

En el presente, en su proceso de reconstitución, las comunidades indígenas luchan por recuperar ciertos aspectos de sus cosmovisiones que aún operan en la vida



actual. Entre ellos, se destaca el respeto a la madre tierra y a los ancestros. De este modo, la tierra no se concibe únicamente como un factor de explotación y creación de riqueza.

La importancia de la tierra en el mundo maya se relaciona con el hecho de que el mismo ser humano es hecho de maíz, como lo ilustran la creación del ser humano que se relata en el *Popol Vuh*. Incluso se ha pensado que las mismas culturas indígenas de América respetan el medio ambiente pues tuvieron experiencia de la deforestación puesto que necesitaban tierras para el cultivo por que usaban mucha madera para hacer funcionar los hornos para producir la cal que revestía sus grandes templos.⁹ Puede decirse, pues, que las cosmovisiones indígenas también recogen experiencias traumáticas del mal uso de los recursos naturales.

La propiedad comunal, por lo tanto, merece el género de protección integral que solo pueden brindar las leyes, valores y principios del Estado constitucional de derecho cuando estos se aplican de una manera genuina y adecuada. Es necesario preservar visiones del mundo que respeten el medio ambiente y que fomentarían este espíritu en un país como el nuestro.

⁹ Esta tesis ha sido defendida por el arqueólogo estadounidense Richard Hansen, principal investigador del sitio arqueológico de El Mirador. También ha sido desarrollado por Jared Diamond en su libro *Colapso: Por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen* (2006).



2.7. Resumen y conclusión del capítulo

Primeramente, este capítulo ha examinado la cuestión del pluralismo jurídico, enfatizando que los acuerdos en que ha entrado Guatemala, especialmente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, exige que nuestro país considere la propiedad comunal en el ámbito de la tierra, especialmente ligado a reclamos ancestrales.

En este capítulo también se ha examinado el famoso problema de la “tragedia de los comunes”. Se ha dicho que la tragedia no se elude cuando la propiedad privada exige los suelos para fines que no tienen que ver con la supervivencia de la humanidad. Este aspecto es consistente con la necesidad de garantizar la seguridad alimentaria de países como Guatemala, el cual dedica gran parte de su tierra a monocultivos que significa que la tierra se utiliza para actividades que no contribuyen a la supervivencia directa de la sociedad. El resultado neto es que los alimentos encarecen su precio, hasta el punto de que muchas personas ya no pueden alcanzar los bienes comprendidos en la canasta básica.

Finalmente, se hace una breve reflexión sobre el asunto de las cosmovisiones indígenas. Sin necesidad de idealizarlas, estas visiones plantean una relación más armoniosa con la naturaleza. En este sentido, las cosmovisiones indígenas ofrecen contextos culturales en los que puede enraizarse más esta visión comunal de la tierra.

En el próximo capítulo se analiza el tema de la propiedad comunal en Guatemala. Se hace un análisis de la normativa constitucional y legal vigente hasta la fecha. Este examen se realiza dentro del marco de la promoción de dicho tipo de propiedad, la cual puede usarse para garantizar aspectos como el de la soberanía alimentaria de nuestro país. Esta es una tarea necesaria en virtud de que problemas como el del hambre están azotando determinadas regiones de Guatemala



CAPÍTULO 3



3. La propiedad comunal en Guatemala

Los dos capítulos anteriores han ofrecido un conjunto de reflexiones teóricas, culturales, jurídicas y políticas que permiten evaluar el proceso de reconocimiento de la propiedad comunal en sus términos generales. La consideración simultánea de dichas dimensiones es necesaria debido al hecho de que la propiedad de la tierra es un tema controvertido en Guatemala, dado el alto nivel de conflictividad de la historia agraria nacional. No es difícil comprobar que las dos revoluciones de nuestra historia, la de 1871 y 1944, buscaban cambiar la distribución de la tierra en el país. La de 1871 se logró mantener, mientras que la Reforma Agraria de 1951 fracasó debido al movimiento liberacionista encabezado por el coronel Carlos Castillo Armas en 1954.

Puede decirse que todas estas dimensiones —política, jurídica, cultural, etc.— se integran contra cualquier medida que trate de promover los derechos de grupos vulnerables, en este caso, los grupos indígenas. Este rechazo ha alcanzado recientemente un grado conflictivo con la negación del pluralismo jurídico. Esto se ha hecho evidente en las discusiones sobre las reformas constitucionales propuestas en 2017 por la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig), la Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) y el Ministerio Público guatemalteco. Estas reformas incluían el reconocimiento formal de dicho



pluralismo. Quizás detrás de dicho rechazo estaba presente el temor de que dicho pluralismo fomentara la protección constitucional de los derechos reconocidos en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. Esta protección, en efecto, supera el énfasis en la tierra para promover derechos de orden territorial, derechos ambientales y culturales, e BW

Los argumentos presentados en los capítulos anteriores muestran que el rechazo de la propiedad comunal no tiene argumentos suficientes para probar la irracionalidad de dicho tipo de propiedad comunal. Somos de la opinión de que esta puede aceptarse en conjunto con la aceptación amplia de la propiedad privada. En ese sentido, se puede anticipar que dicho rechazo simplemente es que la introducción y reconocimiento de la propiedad comunal colisiona con intereses económicos, nacionales e internacionales, bastante fuertes.

El pluralismo jurídico clásico aporta una serie de visiones novedosas para el análisis del derecho y la sociedad. En primer lugar, analiza la interacción entre diferentes órdenes normativos cuyas bases, principios y forma de actuación son fundamentalmente diferentes.

En segundo lugar, re-interpreta el denominado derecho consuetudinario como el resultado de un proceso de ajuste histórico entre un orden jurídico dominante y otro sometido. El derecho consuetudinario sería, por una parte, una forma de describir y conceptualizar los sistemas jurídicos de sociedades consideradas primitivas y, al



mismo tiempo, el mecanismo a través del cual los usos y costumbres de dichas sociedades pueden ser integrados al derecho dominante dentro de una estrategia de gobierno.

En síntesis, el pluralismo jurídico en su versión clásica se ocupa de estudiar la coexistencia de distintos derechos en un mismo espacio, fundamentalmente en el espacio colonial y post-colonial. Dicha coexistencia es entendida en función de competencia, separación y autonomía. Los distintos derechos presentes en la sociedad son vistos como la expresión de grupos sociales y culturales diferenciados y que, por lo mismo, son relativamente independientes en su constitución interna. El análisis, por lo tanto, se enfoca en el estudio de cómo dos entidades diferenciadas y competitivas coexisten en un mismo espacio, así como los efectos que surte dicho proceso sobre sus respectivos sistemas jurídicos.

De esta forma, esta perspectiva supone la existencia previa de un derecho institucionalmente completo y plenamente establecido antes de la irrupción, vía colonización o modernización, de otro derecho extraño y fundamentalmente diferente. Cada uno de los dos tipos de derecho es ubicado dentro de una relación binaria y jerárquica en la que uno pretende suplantar al otro siendo, por naturaleza, entes inconmensurables en tanto reflejan mundos distintos. Cada uno de los dos tipos de derecho plantea un postulado de identidad de una cultura jurídica.



La propiedad comunal debe ser reconocida siempre que esta honre los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, así como que promueva la satisfacción de los derechos sociales relativos a la alimentación y el medio ambiente.

Debe reconocerse que esta posición es extraña al medio conservador guatemalteco, donde, desde el punto de vista jurídico, predomina una noción bastante pronunciada de la propiedad como un derecho individual. Esta posición refleja los parámetros conceptuales de la cultura capitalista occidental en su versión nacional, la cual nos sigue ubicando como un país exportador de materias primas y productos con poco valor agregado. La estructura económica nacional actual sigue apoyando al sector agroexportador.

3.1. La propiedad comunal en Guatemala: un desarrollo histórico

Guatemala siempre ha sido un país de profunda vocación agrícola, en el cual el dominio de la tierra ha sido fundamental para el control social. Debe reconocerse que la propiedad comunal sigue teniendo un eco importante, aunque ignorado oficialmente, en la vida nacional debido, ante todo, a las influencias culturales de las culturas indígenas y a prácticas agrarias extendidas durante la vida colonial española. De hecho, ya se ha señalado que la propiedad comunal estuvo en boga en Europa mucho tiempo antes del surgimiento del capitalismo en la Inglaterra del siglo XVIII.



Para comprender la historia de las tierras comunales en Guatemala es necesario vislumbrar el régimen colonial de tierras. Ya hemos visto este punto en el primer capítulo, pero ahora se necesita realizar más consideraciones en la situación colonial de Guatemala para entender la situación presente.

Como se sabe, el primer esquema de explotación colonial consiste en apropiarse de las tierras indígenas y de la fuerza de trabajo de estos para laborar en tierras y minas, aparte de obtener servicios personales. Durante el período colonial se crearon las “Repúblicas de Indios”, las cuales permitieron que las poblaciones indígenas cultivaran sus propias tierras comunales para tributar y proveer para su propio sustento. En estas repúblicas, los indígenas se regían bajo sus propias autoridades, según sus usos y costumbres.

Después de la Independencia se generó, como en muchos lugares de América Latina, la oposición entre conservadores y liberales. Los liberales se inclinaban por aplicar los modelos liberales que entonces se ensayaban en Europa y los Estados Unidos. Sin embargo, el enfrentamiento entre estas propuestas políticas se hizo al margen de los intereses del grueso de la población. De este modo, como lo dice Edelberto Torres-Rivas:

La guerra civil que siguió a la independencia fue más una fractura entre los criollos que una rivalidad provincial; aún más, en el interior de cada país la rivalidad liberal/conservadora escindió a las élites locales, no facilitó sino fracturó a los eventuales grupos dominantes (Torres-Rivas 2008, p. 360).



Desde luego, los grupos conservadores estaban integrados por élites que se beneficiaban del orden antiguo. Manipulado por el sector conservador, el caudillo Rafael Carrera protegió las tierras comunales de los indígenas. Como lo hace ver Edelberto Torres-Rivas:

Al restaurar la república de indios los conservadores crearon una ciudadanía de otra naturaleza, en virtud de la cual los indios eran aptos para elegir sus propias autoridades. La restauración de esa legalidad colonial, en particular la política de tierras y la reconstitución de la “minoridad” india, fue de hecho y legalmente una exclusión política de una parte de la población de la nación. Es cierto que hubo una mejoría relativa en las condiciones de explotación y sometimiento, pero al precio de inmovilizar el mestizaje, manteniendo una nación heterogénea étnica y estamental (Torres Rivas 2008, p. 359).

El sector liberal llegó al poder e impuso la privatización de las grandes propiedades de la Iglesia y las tierras comunales. Estas tierras fueron concedidas al entonces naciente sector cafetalero; se dieron muchas tierras a empresarios alemanes y a compañías extranjeras, con el objetivo de promover el progreso. El instrumento legal fue el famoso Decreto 170, la Ley de Redención de Censos expedido en 1877 por el gobierno del general Justo Rufino Barrios.¹⁰

¹⁰ Para una iluminadora discusión sobre este decreto véase Ávila Quijas 2012.



Este fenómeno fue paralelo con el desarrollo de la subordinación como trabajo forzoso de la mano de obra indígena. Las vergonzosas leyes de jornaleros y de vagancia, expedidas en el gobierno de Barrios, hicieron que muchos campesinos indígenas terminaran trabajando en las tierras de los finqueros por un salario miserable, en un estado de servidumbre extrema.

En virtud de una historia tan conflictiva, no es raro que haya mucha oposición a cualquier medida que quiera cambiar la distribución de la tierra. Así fracasó la Reforma Agraria (Decreto 900) promovida por Jacobo Arbenz en 1951, y ha costado mucho promover la propiedad comunal de tierras que, como es de esperar, son deseadas para cultivos dedicados a la exportación. Los recientes desalojos de tierras en el valle del Polochic en el año 2011 dan cuenta de ello.¹¹

Como se ha mencionado, dichos esfuerzos se ven obstruidos por los enormes intereses, sobre todo económicos, que entran en juego cuando se quiere transformar la propiedad, en especial el relativo a la tenencia de la tierra, en esencialmente en una época de desarrollo industrial a gran escala de monocultivos.

La historia guatemalteca en realidad demuestra la total sujeción de los pueblos y comunidades indígenas a políticas que benefician a los sectores económicamente poderosos de nuestra sociedad. En este contexto, el derecho contemporáneo, en especial en lo relativo al orden constitucional y al orden transnacional de los

¹¹ Para una presentación y estudio del caso véase el informe de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos en Guatemala (2013).



derechos humanos, puede usarse como un instrumento de cambio. Esta transformación puede encarrilarse en los instrumentos constitucionales disponibles para los juristas contemporáneos.

El pluralismo jurídico en Guatemala a diferencia del actual sistema de justicia, busca restablecer la armonía y equilibrio que por cualquier índole es roto en la sociedad; por ello, se puede catalogar como conciliador, reparador y sensibilizador, implementado como una práctica legítima en muchas de las comunidades indígenas del país.

En el momento de reconocer dicho sistema en la Constitución Política de Guatemala, se responderá a una necesidad latente y urgente. Asimismo, se iniciará un proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas en su integridad, como también el posicionamiento de un país donde convergen diferentes formas y sistemas de vida.

Esto contribuye al reconocimiento de la autorregulación del sistema jurídico en los pueblos indígenas, sin que deba existir ningún tipo de limitante para aplicar la justicia en casos de alto impacto como en faltas o delitos menores. Esto es un reto para crear condiciones, con el propósito de alcanzar la igualdad y que contribuya al mismo tiempo a superar los modelos coloniales impuestos durante la invasión, que somete a la subordinación de los pueblos indígenas bajo un Estado “ladino”. Asimismo, contribuir al desarrollo de un sistema incluyente, participativo, descentralizado, respetuoso de la diferencia, diverso, y con perspectiva de género.



3.1.1. Marco jurídico de la propiedad comunal en Guatemala

Como se ha visto, a pesar de su legitimidad la propiedad comunal, especialmente de la tierra, enfrenta una serie histórica de resistencias y malentendidos. Guatemala posee una cultura liberal bastante pronunciada, especialmente la de corte más individualista. Por esta razón, nunca serán fáciles los esfuerzos por transformar aspectos profundos de la cultura jurídica de países como Guatemala y otros países con una población indígena considerable, como es el caso de Bolivia, México, Perú y Ecuador. En todos estos países se han hecho esfuerzos por reconocer la validez de los reclamos de las poblaciones indígenas u originarias¹².

Para comenzar, debe apreciarse que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce explícitamente la propiedad comunal de la tierra, a la par de la propiedad privada, lo cual se regula en el artículo sesenta y ocho de la Constitución el cual indica: “Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo”. Esto muestra un esfuerzo fundamental por equilibrar ambas formas de propiedad. En efecto, la Constitución Política de la República de Guatemala, especifica en su artículo 39:

Propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo

¹² También se deben tomar en consideración la situación que se ve viven en países como Colombia y Chile. Además, cada vez se toma mayor conciencia de las poblaciones africanas.

con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.



En la dirección de este artículo, el Código Civil guatemalteco, en su artículo 464, establece que “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes”. Como es natural, se postulan limitaciones a la propiedad privada, en particular para hacer posible la expropiación. Esta apreciación de la propiedad privada se ha consolidado en la historia; en esta dirección, es notable la forma en que la propiedad es concebida en el Código Civil guatemalteco de 1877. En este se lee: “Artículo 387.-La propiedad es el derecho de gozar y disponer de un bien, sin más limitaciones que las que fijan las leyes. Artículo 388.-La propiedad es inviolable y comprende los derechos de posesión, accesión, transformación, enajenación, reivindicación e indemnización”.

Como ya se ha dicho, la noción de propiedad privada, tal como se la suele entender en ciertos círculos guatemaltecos, es una visión influenciada por el Código Napoleónico. En este sentido, es claro que la nueva Constitución desplaza la base napoleónica de la noción de propiedad cuando reconoce espacio a la propiedad comunal sobre la tierra. En efecto, el artículo 67 de nuestra Carta Magna reza así:



Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.

Por lo tanto, en términos generales se puede hablar de que existe una tendencia a reconocer las tierras comunales en Guatemala. De este modo, en el Informe Ampliado del Estado de Guatemala al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, en la Respuesta del Estado de Guatemala al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre la Lista de Cuestiones Relativas al Tercer Informe Periódico de Guatemala (2014), se hace constar explícitamente que:

El Registro de Información Catastral de Guatemala aprobó el Reglamento específico para reconocimiento y declaración de tierras comunales (Resolución 123-001-2009), el cual contempla que en el caso de cumplirse con el requisito y sea procedente la titulación especial a favor de una comunidad indígena o campesina, para actuar en el diligenciamiento e inscripción en el Registro de la Propiedad, las comunidades campesinas deberán contar con personalidad jurídica, y en el caso de las comunidades indígenas, bastará que el representante justifique su representación sin más formalidad que la de expresar por escrito los datos de identificación personal del



o los representantes, el acto por el cual los miembros de la comunidad otorgaron dicha representación y el objeto de la representación, y en el caso de contar en forma previa con personalidad jurídica debe acreditarse (Respuesta 2014, p. 10).¹³

El reconocimiento catastral de la propiedad comunal experimenta un profundo avance con varios artículos de la Ley de Registro de la Información Catastral, entre los cuales destaca el artículo 65, que especifica lo siguiente:

Si durante el proceso de establecimiento catastral se determina la propiedad, posesión o tenencia comunal de tierras, el RIC reconocerá y hará la declaratoria administrativa de tierra comunal y emitirá las certificaciones para lo que sea conducente y, en su caso, ordenar el registro.

El procedimiento para la declaratoria de tierras comunales se realizará tomando como base la definición de éstas, contenidas en la presente Ley y el procedimiento para declarar predio catastrado regular o irregular, para lo cual el RIC emitirá un reglamento específico.

Las tendencias a reconocer las propiedades comunales no solo se fundamentan en el orden jurídico nacional, sino que también en otras instancias jurídicas, como es

¹³ El inciso Y del artículo 23 de la Ley de Registro de Información catastral especifica: “Tierras comunales: Son las tierras en propiedad, posesión o tenencia de comunidades indígenas o campesinas como entes colectivos, con o sin personalidad jurídica. Además, forman parte de estas tierras aquéllas que aparecen registradas a nombre del Estado o de las municipalidades, pero que tradicionalmente han sido poseídas o tenidas bajo el régimen comunal”.



el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, a través del creciente uso del control de convencionalidad permite el arribo de nuevos criterios a la jurisprudencia nacional respectiva. Como lo hace ver Ricardo Ferrero (2016) en tema de la propiedad comunal de los indígenas se trató, por primera vez, en 2001, en el contexto del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Según Ferrero (2016, pp. 68-69), las características del caso, hicieron posible que la Corte pudiera “abordar con profundidad la protección de la propiedad indígena. Se trata de una sentencia de gran relevancia jurisprudencial que sirvió de base para futuros casos en los que la Corte ha ido definiendo los perfiles de este concepto”. En las palabras de Ferrero:

“A partir de esta sentencia, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia que sitúa a los territorios indígenas bajo el amparo del artículo 21 apoyándose sobre tres reglas de interpretación: (1) carácter evolutivo de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, (2) sentido autónomo de dichos instrumentos, que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno, y (3) principio pro homine, reflejando en el artículo 29.b de la CADH, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos. Tomando en consideración estas normas de interpretación, en el citado Caso Awas Tingni llegó a la conclusión de que el derecho a la propiedad comprende igualmente los derechos de los miembros de las comunidades indígenas sobre la propiedad comunal.” (Ferrero 2016, p. 69).

En sus aspectos positivos y negativos, Guatemala reproduce un fenómeno general en la región. En efecto, los países con una experiencia colonial poseen una historia



de despojo de tierras por parte de los segmentos más altos de la población actual. Debido a esta influyente realidad histórica, el reconocimiento de los derechos comunales por parte de los Estados respectivos no es plenamente efectivo, y suele estar marcado por el formalismo. La Corte Interamericana ha tomado nota de ello. Así, por ejemplo, en el Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, la Corte Interamericana de Derechos Humanos especifica lo siguiente:

“Durante el trámite ante la Comisión el Estado mantuvo “posiciones contradictorias” de reconocer dichos derechos territoriales a ‘negar la existencia de un ‘régimen especial para efectos de su tenencia, conservación y uso por parte de la población indígena’ y que esa ‘ambivalencia era reflejo de su actuar a nivel interno que ‘se habría caracterizado por la suscripción de compromisos, y la posterior denegación de los mismos’. La Comisión agregó que Panamá no sólo habría privado los pueblos Kuna y Emberá de ‘la posesión material de su territorio, sino además de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.” (Sentencia del 14 de octubre de 2014, párrafos 107 – 198).

Desde nuestro punto de vista, las demandas de propiedad comunal, si se trabajan de buena fe, con los recursos y actitudes adecuadas, son una respuesta positiva para los problemas que afrontan países con una población indígena considerable. Es necesario, por lo tanto, reservar alguna atención a los problemas que surgen en la práctica concreta de aplicar la normativa y jurisprudencia existentes.



Ya se ha visto que, en la actualidad, existe un buen número de investigaciones que muestran la racionalidad, incluso en el campo de la economía, de la propiedad comunal sobre la tierra y los recursos naturales. En términos generales, dichas investigaciones ponen de relieve la racionalidad de las formas comunales de propiedad, en contra de las ideas establecidas que ven a este tipo de propiedad como una expresión del problema de la tragedia de los comunes, es decir, la creencia de que lo comunal es desperdiciado y mal cuidado. Este argumento merece la mayor atención en virtud del contexto jurídico que viven muchos países que han ratificado la Declaración de la ONU de los Pueblos Indígenas.

En este sentido, debe mencionarse que la extensión de tierra comunal en Guatemala no es pequeña. En un estudio se dice lo siguiente:

“De acuerdo a un estudio realizado por el denominado Grupo Promotor de Tierras Comunales en el 2009, existen en Guatemala 1.213 tierras con características de comunales que hacen una extensión total de 1.577.129 hectáreas. En ese mismo estudio se caracteriza a esas tierras de la siguiente manera: i. Espacios protegidos ancestralmente por las propias comunidades. ii. Producen y protegen fuentes de agua. iii. Sirven para la reproducción de especies de plantas y animales. iv. En ellos existen lugares sagrados indígenas. v. Poseen recursos que las comunidades cuidan porque les son útiles en sus medios de vida. vi. Forman corredores culturales y biológicos que ayudan a la conexión de las áreas de conservación. (<http://revistaparques.net/20132/articulos/situacionjuridicadelastierrascomunalesenguatemala/>, última consulta el 3 de mayo de 2017).



Es comprensible, por lo tanto, que haya intereses económicos que no desean que la normativa de propiedad comunal se desarrolle. El problema es más complejo cuando este objetivo se basa en reclamos que no pueden ser debidamente fundamentados con la evidencia documental respectiva. Por esta razón, es necesario analizar este arduo problema.

3.2. Los agudos conflictos en la aplicación de la normativa de tierras comunales

En el país existen varios casos interesantes recientes, relativos a los derechos ancestrales reclamados por comunidades. Existen dos casos relativamente recientes que pueden ser analizados. Ambos fueron decididos por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, en el cual dicho tribunal amparó a varias comunidades en contra del Registro General de la Propiedad cuya titular, en esa fecha, era la licenciada Anabella de León.

En uno de estos casos se amparó a una comunidad de Chuarrancho, la cual reclamaba sus derechos ancestrales sobre un terreno de 81 caballerías que había sido registrado por la municipalidad en 2001. Los comunitarios aducían títulos de propiedad que databan de finales del siglo XIX. En el otro caso, se concede un amparo a ocho comunidades q'eqch'ies de El Estor, Izabal, los cuales reclamaban sus derechos sobre un terreno de 254 caballerías, el cual se encontraba en trámite de propiedad en Fontierras.



Lo que llama la atención en este caso, aparte de la decisión que reconoce derechos ancestrales, es que dicha sentencia dio lugar a un interesante cambio de opiniones que denota la poca valoración de tales derechos por parte de las autoridades registrales de ese entonces y la Cámara del Agro. En un reportaje investigativo sobre este caso, la periodista Carol Gamazo (2013) escribe lo siguiente:

Anabella de León, fundadora y exdiputada del Partido Patriota y ex fiscal del PP ante el Tribunal Supremo Electoral, acusó a los jueces de esta Sala de apoyar a las comunidades a robar propiedades, según declaraciones recogidas por *Prensa Libre* en un desayuno informativo en la Cámara del Agro. ‘La Sala Tercera de Apelaciones del ramo Civil está desposeyendo, primero, en un caso, a la Municipalidad de Chuarrancho, donde le está quitando una propiedad y se las devuelve a los vecinos de dicho municipio de 1897, pero ¿quiénes son esos vecinos?, ¿quiénes son sus herederos?, ¿qué procesos se han seguido?’, cuestionó. Sobre el caso de El Estor añadió: ‘Son 17 propietarios, quienes han sido desposeídos bajo el supuesto de que los ancestros de las comunidades estuvieron allí dos mil años antes de Cristo y que por ello tienen el derecho a poseer la propiedad’.

Así, pues, parece que no es justo ignorar hechos históricos de posesión. Tal vez no sea posible ni necesario irse miles de años atrás, pero tampoco pueden negarse los hechos de la historia. En este sentido, existen comunidades campesinas que fueron despojadas de sus tierras en tiempos relativamente cercanos, como lo prueba la política liberal establecida por Justo Rufino Barrios y Miguel García Granados. En el caso que aludimos, Carol Gamazo menciona una serie de inscripciones



anómalas, lo cual prueba que también pudo darse el caso de despojo de propiedades hace casi 100 años, como todavía sucede en nuestros días. Lamentablemente, los grupos indígenas han sido objeto de manipulación legal por parte de los sectores que concentran el poder económico.

De lo dicho surge la legítima pregunta: ¿Cómo pueden decidirse situaciones en los que median derechos ancestrales? En ese sentido, es indispensable mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, hace las siguientes declaraciones:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (citado en Ferrero 2016, p. 76).

Tampoco se trata de no aceptar los peligros que pueden venir con los derechos ancestrales. Por ello, corresponde a los jueces mantener un sentido de mesura y



conocimiento de la situación. Los peritajes respectivos deben ser adjudicados a personas expertas y conocedoras del asunto.

Consideramos, en todo caso, que nada puede disculpar al juzgador a tomar la mejor decisión en el contexto concreto. Un juez con conocimiento del tema y la jurisprudencia requerida, podrá evaluar las situaciones concretas. El tema, desde luego, se torna más manejable cuando se piensa en el trabajo colaborativo de los jueces en las diferentes instancias en las cuales se toman decisiones conjuntas; un tribunal compuesto por varios jueces ofrece buenas perspectivas para resolver los problemas específicos que puedan presentarse. Por esta razón, es muy importante fomentar la independencia judicial en áreas tan conflictivas como el de la resolución de conflictos de tierras, los cuales pueden llegar a la violencia, incluso entre comunidades que pueden reclamar las mismas tierras.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha formulado criterios para decidir derechos ancestrales. En su trabajo, el mencionado Ferrero (2016, p. 77) especifica los criterios de la Corte Interamericana:

En cuanto al derecho a reivindicar las tierras tradicionales cuya posesión se ha perdido, la Corte se cuestionó si es un derecho sujeto a límite temporal o si permanece indefinidamente en el tiempo. En respuesta dictaminó que las comunidades conservan el derecho a la reivindicación mientras conserven una relación única con sus tierras tradicionales, al considerar que esta relación es la base espiritual y material de su identidad como pueblos indígenas. En el momento en que deje de existir la



relación desaparecerá el derecho a la reivindicación. Además, establecidos los condiciones para determinar la existencia de la relación única: (1) puede interpretarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las condiciones concretas en que se encuentre, y (2) debe ser posible (*sic*).

Frente a estas interrogantes, Ferrero continúa presentando las opiniones de la Corte Interamericana:

En relación con la primera, la Corte concretó que la relación “puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura’...En cuanto al segundo, se refiere a que se vean impedidos de realizar alguna de las actividades anteriores por causas ajenas a su voluntad, como actos de violencia o amenazas’... En el caso de que la relación no sea posible, el derecho a la reivindicación se mantendrá hasta que desaparezca el impedimento” (Ferrero 2016, p. 77).¹⁴

¹⁴ Es conveniente hacer constar que la Ley de Registro de Información Catastral reconoce la importancia de los lugares ceremoniales. En efecto, en su artículo 66, dicha ley declara: “Lugares ceremoniales indígenas. Cuando durante el proceso de levantamiento catastral se determine y reconozca por las comunidades indígenas aledañas, la existencia de lugares tradicionales para uso ceremonial en un predio, el RIC hará el levantamiento topográfico de la fracción correspondiente y sus servidumbres de hecho, y notificará dentro de un plazo de 30 días al propietario o poseedor del predio, a las comunidades interesadas y a la institución que corresponda para que inicien aquellas acciones tendientes a garantizar su existencia y uso ceremonial”



Se ha visto, en conclusión, que existen instrumentos jurídicos para defender la tierra comunal. Lo que se tiene que hacer es tratar de que los compromisos jurídicos se conviertan en realidad. En todo caso, la Corte también ha reconocido que las devoluciones no siempre pueden ser posibles. Por esta razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2010, p. 143) hace ver lo siguiente:

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado especialmente a los Estados partes de la Convención, en su Recomendación General 23, a “que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se le ha privado de su tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos, Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.

Se puede concluir, por tanto, que existen mecanismos jurisprudenciales para prestar la atención merecida a los reclamos de derechos ancestrales. Existe una jurisprudencia y una reflexión jurídica que permite adjudicar los reclamos ancestrales con un sentido racional y bien intencionado.



3.3. Otros argumentos a favor de la propiedad comunal en Guatemala

El tema de la propiedad de la tierra siempre será polémico en Guatemala. Pero es necesario considerar otros aspectos aparte de los jurídicos. El derecho, al final de cuentas, también es una institución que debe responder a los cambios históricos y a las necesidades de la sociedad respectiva. Debe adecuarse al valor de la justicia, a la dignidad; debe promover un sentido básico de igualdad y equidad.

Desde el punto de vista de la producción de la riqueza, se puede considerar que tales tierras no producirán lo debido puesto que no serán explotadas para generar la riqueza de la que estas son capaces. Pero es claro que la producción intensa no es en sí la solución puesto que la riqueza no se distribuye de manera adecuada en el país. No solo los sectores empresariales tienen una pobre cultura tributaria, sino que el problema de la corrupción impide el uso adecuado de los impuestos.

Sin embargo, la necesidad de la sobrevivencia es el factor más importante en muchas comunidades en Guatemala, especialmente en función de la pérdida de oportunidades de migración hacia los Estados Unidos de América. Quizás uno de los ejemplos más recientes de este fenómeno es el desalojo de comunidades q'ekch'ies del Polochic, por parte de familias que usan dichas tierras para cultivos como la palma africana, el cual es un producto valorado por la agroindustria. Estos campesinos se ven obligados a buscar otras tierras lo cual implica tala de bosques, con los consiguientes problemas relativos a la buena gestión del ambiente. Es



notable, sin embargo, ver cómo tales despojos han incidido en problemas alimentarios para dichas comunidades campesinas.

Por otro lado, también se deben considerar el problema de la preservación de los recursos naturales. Entre estos problemas cabe destacar la presente crisis del agua, la cual se está agudizando no solo en Guatemala sino en todo el mundo. Los monocultivos como los de la palma africana abusan de las fuentes de agua, las contaminan en su combate a las plagas; destruyen, por otro lado, sistemas ecológicos puesto que más y más tierra se dedica al cultivo respectivo. Se debe recordar, en este respecto, que no existe una normativa legal que proteja el agua en Guatemala, porque aún no se han desarrollado las disposiciones constitucionales relativas al vital líquido.

No puede extrañar, por lo tanto, que en nuestro país se haya llegado a extremos como el desvío del agua de ríos. En algunos casos los ríos se ha envenado de manera totalmente irresponsable por parte de la Reforestadora de Palma de Petén (REPSA), como sucedió hace algún tiempo en Petén con el río La Pasión, en donde se afectaron 185 kilómetros de la corriente, a partir del punto de contaminación¹⁵. Un ejemplo paradigmático lo constituye la lenta muerte del lago de Amatitlán, el cual refleja la carencia de una cultura ambiental por parte de la sociedad guatemalteca, dado que las aguas servidas de los chalets situados a la orilla del lago iban a dar

¹⁵ Hasta la fecha no se han deducido responsabilidades por este envenenamiento el cual provocó una enorme mortandad de peces, lo cual afectó las fuentes de vida de los moradores de la ribera de dicho río y áreas circunvecinas.



directamente a este, aparte de los vertidos tóxicos de las industrias alrededor del mismo. Es fácil imaginar lo que este triste hecho ha significado para las fuentes de ingreso de las poblaciones respectivas.

El mal uso de las tierras puede desembocar en sequías. Este fenómeno, a su vez, incide en problemas alimentarios, que después no pueden ser resueltos por un gobierno carente de fondos y sujeto por disposiciones burocráticas que impiden la ejecución debida, sin mencionar el problema de la corrupción. Este punto ha sido reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010, p. 83):

En relación con los pueblos indígenas y tribales, la protección de los recursos naturales presente en los territorios ancestrales, y de la integridad medioambiental de tales territorios, es necesaria para garantizar ciertos derechos fundamentales de sus miembros tales como la vida, la dignidad, la integridad persona, la salud, la propiedad, la privacidad o la información. Estos derechos resultan directamente afectados cuandoquiera que la polución, la deforestación, la contaminación de las aguas, y otros tipos de daños ocurren en los territorios ancestrales.

Por lo tanto, se puede decir que es necesario promover la propiedad comunal desde un punto de vista económico y político, pero sobre todo desde un punto de vista ambiental. De otro modo, es posible que los problemas de pobreza y desigualdad se incrementarán con los resultados respectivos de delincuencia e ingobernabilidad; las sequías, para poner un ejemplo, forzarían migraciones que serían perjudiciales para una vida social armónica. Este punto es tanto más importante en la medida en



que la migración a los Estados Unidos de América tenderá a ponerse más difícil en los próximos años.

Un aspecto que debe cuidarse, sin embargo, es el buen uso de la tierra en manos de la comunidad. No se debe idealizar a las comunidades indígenas, porque en ellas también existen estructuras de poder que, en un momento dado, puede llevar al abuso de los derechos respectivos. En ese sentido, se debe recalcar rigurosamente que la propiedad comunal debe traer consecuencias positivas para la sociedad en general, especialmente para los que están viviendo situaciones graves de carencias de los recursos básicos.

3.4. El supuesto carácter absoluto de la propiedad privada

De lo dicho hasta aquí se puede ver que la propiedad comunal promueve una serie de derechos humanos, y, por lo tanto, es un camino de realización de los valores constitucionales. La propiedad privada, desde luego, debe ser respetada; dicha consideración, sin embargo, se limita orgánicamente cuando se quiere promover el bien común.

Consideramos, sin embargo, que en nuestro país estamos muy lejos de considerar con moderación la propiedad privada. Esta idea se hace visible, por ejemplo, en una lista de prioridades que el Centro de Estudios Económicos Sociales proponía para el gobierno del 2008. En este texto se lee que:



Se respetará, sin excepción, los derechos individuales. El interés general no debe privar sobre los derechos individuales pues al hacerlo se estarían violando los principios básicos sobre los que se fundamenta el interés general. Se debe crear un verdadero Estado de Derecho (y no de legalidad) en el contexto que hace viable la cooperación social pacífica y libre. (CEES 2007).

En la actualidad, ya no se puede considerar el derecho a la propiedad con este radicalismo. Este centro de investigación privado, por ejemplo, no repara en los aspectos pertinentes al medio ambiente. Así, se puede leer en el mismo documento la siguiente propuesta la cual por su importancia citamos en su extensión completa, debido a que revela el carácter irrestricto con el que el sector privado considera la propiedad privada:

Guatemala vive una polarización violenta por el uso de sus recursos naturales. Algunos pobladores demuestran agresivamente su oposición a la construcción de hidroeléctricas y minería en sus comunidades debido a que temen perder sus propiedades, aunque carezcan de sus respectivos títulos. Conflictos como este se podrían evitar si los habitantes de estas comunidades en verdad fueran los legítimos dueños de sus propiedades, del agua y del subsuelo de la misma. Como dueños decidirían que hacer con sus propiedades sin que la opinión política tenga nada que ver. Tendrían además el incentivo de al menos considerar si vale la pena explotar los recursos naturales y de qué forma hacerlos para no dañar derechos ajenos. La propiedad privada es fundamental para evitar conflictos y generar el desarrollo económico. Esto se puede hacer en tres pasos que pueden llevarse a cabo simultáneamente: Primero: la propiedad de la superficie debe definirse claramente,



garantizarse y ser totalmente transferible. Segundo: hay que darle a los dueños de la superficie el derecho de poseer también la propiedad del subsuelo que le corresponda. Hay una forma de hacerlo sin violar la Constitución y es a través de "**Títulos de Usufructo de Subsuelo**". Ya se hizo esto con las radiofrecuencias y ha funcionado excelentemente. Tercero: se debe hacer lo mismo con los ríos, lagos y orillas de los mares usando posiblemente Títulos de Usufructo de ríos, lagos y orillas del mar. Una vez esté bien definida y aclarada la propiedad, tanto de la superficie, subsuelo, ríos, lagos y orillas de mares, entonces lo demás consistirá en transacciones libres, voluntarias y totalmente pacíficas. Los conflictos violentos desaparecerán. Los dueños de los recursos serán los primeros interesados en cuidar mejor su propiedad pues saben que cualquier proyecto los puede beneficiar enormemente. Ellos mismos estarán buscando a los geólogos y expertos para que hagan estudios en sus propiedades y no como ahora que los buscan pero para vapulearlos.

En el próximo capítulo se estudiará el balance que debe existir entre propiedad privada y comunal en la búsqueda de un auténtico Estado constitucional de derecho. Desde nuestro punto de vista, tal balance se inscribe dentro de la misma estructura axiológica de un régimen constitucional verdaderamente democrático.

3.5. Sumario y conclusión del capítulo

El propósito de este capítulo ha sido mostrar que existen recursos para defender y promover la propiedad comunal en nuestro país. Estas consideraciones han sido iluminadas por los resultados de los dos capítulos anteriores, los cuales han puesto



de manifiesto que la propiedad privada no es la única forma de garantizar la propiedad en las sociedades contemporáneas. La propiedad comunal, por otro lado, posee un signo inequívoco de racionalidad.

Se han considerado, de manera conjunta, las diversas dimensiones de este problema en Guatemala. Desde el punto de vista histórico, se ha visto que la propiedad comunal ha existido y que tiene, en realidad, una presencia en Guatemala. Se ha examinado el notable retroceso que tuvo esta forma de propiedad en la Reforma Liberal de finales del siglo XIX, después de que esta había sido promovida por el gobierno conservador de Rafael Carrera.

Dentro del marco normativo jurídico que impulsa la propiedad comunal se encuentran disposiciones constitucionales, los acuerdos de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La aplicación de dicha normativa se refuerza con recientes fallos de tribunales nacionales, los cuales reconocen derechos ancestrales.

Se ha reconocido que los derechos ancestrales no pueden ser defendidos como se hace con un reclamo en el que median pruebas documentales como títulos de propiedad, etc. Sin embargo, a pesar de las complicaciones que pueden surgir en este tipo de casos, se ha ido creando jurisprudencia que honra dichos derechos. La historia, la colaboración de peritos, etc., son recursos que pueden ser auxiliares valiosos para defender este tipo de derechos. En todo caso, dichos reclamos no



deben ser menospreciados, a menos que se olvide la historia y las condiciones reales de subordinación de las comunidades indígenas y campesinas. Los reclamos ancestrales son una puerta para la justicia social.

Estos fallos no han disminuido en gran medida una conflictividad bastante profunda, debido ante la distorsión de muchos de los conceptos que se presentan en favor de las demandas indígenas. Para llevar a cabo esta labor se necesitan jueces conocedores del tema, dotados de una genuina independencia judicial, y en general, de una ética consistente con los valores que dan vida a un régimen constitucional contemporáneo.

La conclusión es que la oposición a las tierras comunales expresa más bien una defensa de intereses económicos de grupos nacionales y, ahora, inversores internacionales. Estos intereses han llevado, a menudo, a políticas cuyos efectos desastrosos se hacen evidentes a mediano plazo, como sucede con los salarios diferenciados, los cuales pueden llevar eventualmente a una desprotección total de la cada vez más escasa fuerza laboral guatemalteca. En este contexto tampoco se puede negar la influencia de prejuicios culturales en contra de las formas de vida de las comunidades indígenas. En esta oposición a la propiedad comunal también existen ciertos prejuicios relativos al carácter absoluto del derecho a la propiedad privada. Se ilustra este punto con posiciones extremas del Centro de Estudios Económicos Sociales (CEES), institución que destaca en la defensa de los sectores empresariales guatemaltecos.



En este sentido, además, no debe olvidarse que la preservación comunal de la tierra ofrece soluciones al problema de los recursos naturales. Este tópico adquiere importancia debido al problema con la disponibilidad de agua, necesidad capital de toda sociedad. Se ha hecho ver que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce este punto, lo cual abre una vía para proteger integralmente el medio ambiente de Guatemala.

En el capítulo final, el cuarto de esta investigación, se estudiarán algunas soluciones para el problema. Esta parte final brindará la parte propositiva de este ensayo investigativo, la cual es necesaria debido a los problemas económicos y sociales que cada vez se agravan más. En particular, se argumentará por la consolidación de un Estado constitucional de derecho capaz de afrontar los problemas que plantea la propiedad comunal.

CAPÍTULO 4



4. La propiedad comunal dentro del Estado constitucional de derecho

El objetivo de esta tesis consiste en mostrar que la propiedad comunal no solo es consistente con un orden constitucional moderno, basado en valores, sino que también promueve la realización de los derechos fundamentados en tales valores. La razón primordial de nuestra afirmación radica en que la propiedad comunal implica un freno para la exagerada importancia que la civilización occidental le concede al individuo cuyos derechos tiende a absolutizar. Demasiado énfasis en el beneficio individual, expresado en la propiedad privada, hace que se pierda atención hacia las condiciones generales de vida de la sociedad en su conjunto.

Los anteriores capítulos han presentado los recursos justificativos que, desde varias perspectivas, especialmente las jurídicas, contribuyen a la consolidación de la propiedad comunal. Se ha visto además que la propiedad comunal tiene un sentido de racionalidad que suele ser menospreciado por quienes sostienen, basándose en la hipótesis de la tragedia de los comunes, que la propiedad comunal fomenta la irresponsabilidad generalizada respecto al cuidado y permanencia del bien respectivo.



Este capítulo aspira a demostrar la forma en que la propiedad comunal puede ordenarse para plantear una realización más amplia de los valores dentro de un orden que promueve la propiedad comunal. Como queda claro, la posición defendida en estas páginas adopta por un sistema en el que la propiedad comunal, especialmente de la tierra, se subordina a la función general de asegurar la satisfacción de los derechos humanos básicos de las personas dentro de un orden constitucional moderno. Se debe buscar la promoción de la iniciativa individual con la protección de ciertos bienes fundamentales en tanto son requeridos para la supervivencia digna de los miembros de la sociedad.

4.1 Breve descripción del Estado constitucional de derecho

En nuestro país existe una tendencia muy fuerte al legalismo jurídico. En esta dirección, es sintomático que los sectores dominantes hagan referencia central al Estado de derecho, sin mencionar la versión constitucional de este. A nuestro parecer, la razón de esta omisión consiste en que el Estado de derecho, a secas, no depende de una referencia sostenida a los valores. Con el Estado de derecho a secas se busca la seguridad jurídica, aun a costa de que muchos de los valores del constitucionalismo moderno, por ejemplo, el bien común, no sea considerado en toda su extensión. El Estado de derecho, el liberal clásico, no es tan exigente como el modelo constitucional de Estado.



El Estado constitucional de derecho es la culminación de un proceso de evolución histórica. En palabras del jurista italiano Mauro Barberis (2008, p. 132) “constitucionalismo moderno es sobre todo la historia de la constitución inglesa: de su afirmación definitiva en Inglaterra con la Revolución Gloriosa de 1688, mientras que el continente se imponían el absolutismo monárquico y las doctrinas de la soberanía”. Según este autor, tal modelo fue imitado en los Estados Unidos de América y en Francia, aunque ya hubo un cambio pertinente al carácter escrito de tal documento (Barberis 2008, pp. 132-133). Como se sabe, en efecto, Inglaterra carece de una Constitución en el sentido que se ha impuesto en el mundo moderno, lo cual no ha impedido que en su historia jurídica se haya hecho presente una defensa de derechos clásicos como el *hábeas corpus*. En todo caso, la afirmación de Barberis tiene mucho sentido, siempre y que se tome en cuenta que otras culturas jurídicas, como la alemana, han contribuido grandemente a dicho ideal.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, quedó en claro que no se puede prescindir de los valores jurídicos y morales si se va a construir una sociedad democrática y equitativa, en la que ya no sean posibles los abusos del Estado contra la dignidad humana. La experiencia crucial para arribar a esta convicción fue el conjunto de abusos de las dictaduras europeas representadas en especial por Adolf Hitler.

La creencia en dichos valores se consolidó con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. En ese contexto, se empezó una tendencia de constitucionalización



ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho.

Se puede ver cómo nuestro orden constitucional busca la legalidad, la seguridad, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz. La dignidad de la persona humana se coloca como piedra angular del sistema y el Estado se organiza en vistas a asegurar el bien común. Se busca, además, lograr la vigencia de los derechos humanos y su consolidación en un orden basado en el derecho.

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en la Sentencia No. 970-2015 de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis, promovido por la comunidad Indígena de Santa Elena Samanzana II, contra el Presidente de la República de Guatemala en la que establece:

“Como cuestión preliminar y en razón del contenido de la petición que la comunidad postulante refiere que se ha omitido resolver, esta Corte estima pertinente traer a cuenta el contenido del artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el cual establece: “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de



subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar **las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados**” (el resaltado es propio). En virtud de lo establecido en el precepto convencional transcrito, se advierte que los Estados están obligados a tomar las medidas que correspondan para hacer efectivo el derecho de las comunidades indígenas a gozar y disfrutar de las tierras que tradicionalmente han ocupado y sobre las cuales les corresponden derechos de propiedad o posesión, según sea el caso”.

Por su parte, el artículo 68 del Magno Texto establece que “Mediante programas especiales y legislación adecuada el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.”

Por su parte, la Ley del Fondo de Tierras, Decreto 24-99 del Congreso de la República, regula lo concerniente a los procesos de adjudicación de tierras del Estado y en su artículo 42 dispone que: “[l]a regularización es el proceso de análisis, revisión y actualización de los expedientes en los que consta la adjudicación y tenencia de tierras entregadas o en proceso de entrega por parte del Estado para determinar el cumplimiento de los Decretos Números 1551, 60- 70 y 38-71, todos del Congreso de la República y sus Reformas. Todas las operaciones de adjudicación de tierras realizadas con base en los decretos anteriormente mencionados y que no se hayan regularizado deberán hacerlo en un período de diez (10) años contados a partir de la

vigencia de esta ley. El período de dicho proceso de regularización podrá prorrogarse por el Consejo Directivo del Fondo de Tierras en casos excepcionales...”.



Como se sabe, en relación con los derechos no existe una jerarquía fija e inmutable. Los derechos deben ser satisfechos de manera integral. De esta manera, le corresponde al legislador democrático crear estructuras institucionales que permitan satisfacer integralmente los derechos.

La sentencia No. 266-2012 de la Corte de Constitucionalidad de fecha catorce de febrero de dos mil doce, establece:

“Tampoco puede soslayarse la intelección que en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado de lo establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre ello, el tribunal internacional antes aludido ya ha indicado que en esa normativa se “protege el derecho a la propiedad de un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal” y ha precisado que “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro [...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre la forma comunal de la propiedad



colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es cuestión meramente de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, No. 79, párrafos 148, 149 y 151)”

Desde luego, no es posible garantizar que el legislador pueda anticipar todas las circunstancias en las que los principios entran en conflicto. En este sentido, es necesario mencionar que en el sistema constitucional basado en la axiología se reconoce la aplicación directa de la Constitución por parte del juez. En nuestro país, como en otros de América Latina, se reconoce el control difuso y el control concentrado. En la filosofía garantista, por otro lado, se reconocen garantías primarias (legislativas) y secundarias (jurisdiccionales).¹⁶

¹⁶ El constitucionalista Gerardo Pisarello (2001, p. 3) dice: “Ferrajoli distingue dos tipos de garantías de los derechos: las primarias y las secundarias. Las garantías primarias serían garantías legales y las secundarias, jurisdiccionales... las garantías jurisdiccionales operarían solo en caso de insuficiencia o incumplimiento de las garantías primarias”.



Esto permite que, en caso de conflictos de derechos, como el de la propiedad comunal y privada, pueda haber decisiones racionales que busquen el bien común. Resulta claro, pues, que el derecho constitucional moderno posee espacio para reconocer el pluralismo jurídico y la propiedad comunal, especialmente de la tierra.

Uno de los aspectos más positivos del derecho constitucional moderno lo establece el hecho de que busca un balance entre diferentes posiciones. Se reconoce que los valores son de tipo relacional, y que nunca se puede privilegiar un valor sobre otro de manera absoluta. De este modo, por ejemplo, la vida es un valor fundamental pero no hay que prolongarla cuando ya no hay esperanza, y sí mucho dolor para el enfermo. Victoria Camps, citada por Mauricio García Villegas, recuerda que la “práctica de los valores es el aprendizaje de sus mutuas limitaciones” (García Villegas, 2014, p. 65).

Otro aspecto positivo lo constituye la idea de ponderación. Es conocido, en efecto, que los derechos pueden entrar en conflicto. En la actualidad existe un gran entusiasmo por la *ponderación*, proceso en el que se valoran los pesos específicos de los valores y derechos en una situación de tensión entre estos. Con la ponderación se decide el principio o derecho a seguir, siempre en atención al caso concreto. Puede decirse, en este sentido, que en ciertos momentos se puede decidir poner coto a las actividades privadas, en especial cuando estas provocan daños. Entonces, al nivel constitucional, puede irse dando una opción por otros esquemas de propiedad, entre ellas la comunal.



4.2. La deconstitucionalización de los órdenes jurídicos

En la actualidad la humanidad enfrenta una crisis clara del constitucionalismo, el cual se generó después de la Segunda Guerra Mundial para promover el respeto general de los derechos humanos. Existía entonces un espíritu por fortalecer el Estado como agente de bienestar: es el tiempo de Franklin Delano Roosevelt, muerto poco antes del final de la guerra, y en nuestro país, del presidente Juan José Arévalo. Sin embargo, este espíritu humanista constitucional ha desaparecido.

En efecto, con la caída del muro de Berlín en 1989, y la posterior caída del bloque soviético, el mundo occidental se orientó en función del régimen de mercado libre. Muchas de las empresas estatales pasaron a manos del sector privado, quizás mejorando los servicios, por ejemplo, el telefónico, pero a costa de precios que significan una gran carga para los consumidores. En términos generales, esta fue una época de desmantelamiento del Estado. Aun a la fecha este espíritu privatizador no ha desaparecido, como lo prueba el hecho de que se quiera abrir a la competencia el sector del seguro social a empresas privadas que, desde luego, solo cubrirán a aquellos pacientes que signifiquen una ganancia. Dicho ímpetu privatizador solo ha cambiado de forma y se utilizan diferentes tácticas para alcanzar la progresiva caída del Estado, el cual prácticamente ya solo cumple funciones de seguridad, muchas veces sin respeto de garantías.



De esta manera, se hace evidente que los Estados son incapaces de generar bienestar para sus sociedades. En este sentido, el pensador garantista Luigi Ferrajoli denuncia el proceso deconstituyente que desmantela el Estado social de derecho. Este pensador atribuye esta regresión al predominio de cierto tipo de economía individualista sobre el orden jurídico del constitucionalismo moderno (Ferrajoli, 2014, pp. 136-137)¹⁷.

Por otro lado, se hace evidente que el orden nacional ha retrocedido frente a la organización internacional de la vida jurídica y económica. Las políticas económicas de países como Guatemala son dictadas por entes internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Estas entidades buscan el beneficio de los países con mayor poder dentro del ámbito internacional. Incluso la persecución criminal en Guatemala está siendo dirigida, de hecho, por entes internacionales.

En virtud de estas consideraciones resulta obvio que se está dando un proceso de deconstitucionalización, de renuncia virtual de la defensa de derechos por parte del Estado. La debilidad del Estado a menudo está relacionada con el hecho de que los

¹⁷ De hecho, Ferrajoli cuestiona que la propiedad sea un derecho fundamental, en el mismo sentido en que lo es la libertad, por ejemplo. Sus argumentos son que los derechos fundamentales son universales, mientras que los derechos patrimoniales excluyen a los que no son sus titulares. El segundo argumento es que los derechos patrimoniales son disponibles y alienables, mientras los derechos como el de la libertad no lo son. La tercera consideración es que los derechos patrimoniales son extinguidos, modificables, sujetos a negocios, mientras los fundamentales son *ex lege*, conferidos a través de normas constitucionales. La cuarta es que los derechos patrimoniales actúan en la dimensión civil, mientras que los derechos fundamentales son también verticales, realizándose en la relación entre el individuo y el Estado (Ferrajoli 2002, pp. 45-50). Sin duda estas ideas son discutibles, pero muestran rasgos estructurales de los derechos patrimoniales que los diferencian de los derechos fundamentales.



sectores más poderosos desde el punto de vista económico no pagan impuestos, influyen económicamente en la elección de funcionarios para imponer sus puntos de vista, y otro tipo de maniobras.

Los argumentos anteriores muestran que nuestra democracia constitucional está siendo manipulada por los intereses particulares. En ese sentido, puede suceder que la propiedad privada, en tanto derecho subjetivo, esté predominando sobre la totalidad de los otros valores, lo cual cuestiona la misma idea del constitucionalismo moderno. Algunos juristas ya han visto este fenómeno. Así, el jurista italiano Pietro Barcellona afirma que:

El concepto de 'propiedad privada' como forma general de la disponibilidad de las cosas a ser poseídas, transformadas y consumidas, se convierte en norma de funcionamiento de toda la sociedad y de las relaciones humanas, que de este modo quedan entregadas definitivamente a la abstracción constituyente, a la extrema artificialidad de la autonomía de la esfera económica (Barcellona 1996, p. 21).

El punto de vista de Barcellona es que la propiedad privada crea un sistema en que el individuo se ve exclusivamente como propietario, hecho que disuelve otro tipo de relaciones entre los miembros de la sociedad. Ya no se actúa en función de la justicia, la solidaridad, etc., sino en función del intercambio económico. Desde esta perspectiva, hay un inadecuado reduccionismo del ser humano, dado que la riqueza del ser humano trasciende lo puramente material.



Desde nuestro punto de vista, parte de la solución demanda que algunos derechos, en especial el de la propiedad privada se vean limitados por disposiciones constitucionales que busquen el bien común. En el Estado constitucional de derecho debe buscarse la satisfacción simultánea de varios valores, no solo el de la propiedad privada. De este modo, el derecho a la propiedad privada debe balancearse con la justicia, el bien común, la equidad, la igualdad, y, ante todo, la dignidad del ser humano.

Afortunadamente, sigue habiendo desarrollos positivos en la teoría del derecho constitucional. De manera paulatina se ha ido respetando la idea de la horizontalidad de los derechos. En este sentido, los derechos fundamentales son derechos *erga omnes*, es decir, derechos que emergen no solo de la Constitución como reguladora de las relaciones entre ciudadanía y el poder público (Estado), sino también de las relaciones sociales mismas (Guastini 2016, p. 45)¹⁸. De este modo, se pueden limitar derechos individuales en aras del bien común, un cierto nivel de igualdad, y, ante todo, buscando el objetivo de una vida digna para todos los miembros de la sociedad.

Bajo esta perspectiva, los derechos colectivos deben ser considerados como protegidos frente a los particulares. En ese sentido, se puede limitar la propiedad

¹⁸ Guastini sostiene que los “efectos horizontales de los derechos constitucionales” se han impuesto en el orden jurídico italiano, especialmente cuando se considera la libre emisión del pensamiento, la cual debe ser respetada y protegida (Guastini 2016, p. 246).



privada cuando existe la creencia legítima de que su ejercicio irrestricto puede poner en riesgo las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto. Es claro desde luego, que una tesis parecida se esgrime cuando se considera la función social de la propiedad, pero debe reconocerse además que la visión horizontal de los derechos apoya la idea de que ningún derecho es irrestricto, especialmente cuando pone en riesgo la supervivencia de la sociedad misma, incluso de las generaciones futuras.

Estas consideraciones apoyan la idea de la propiedad comunal que trata de promover el acceso de más personas a recursos fundamentales para la vida misma. Así, pues, la propiedad comunal se convierte en un factor institucional que ayuda a la realización del Estado constitucional de derecho. Si el compromiso con la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas no lleva a mayor promoción de la propiedad comunal, entonces se va a ir imponiendo la costumbre jurídica de no respetar acuerdos tan básicos, llevando entonces a una especie de derogación, por *desuetudo*, de nuestro cuerpo de normas constitucionales.

Para cerrar esta sección debe reconocerse que la propiedad comunal promueve una realización más amplia de derechos, porque asegura los derechos de los pueblos originarios, contribuye a los derechos ambientales, fomenta los derechos alimentarios, etc., factores todos que contribuyen al fortalecimiento de nuestros



modelos constitucionales. De este modo, la propiedad comunal contribuye a tener el proceso de deconstitucionalización de los órdenes jurídicos contemporáneos.

4.3. Legalismo y deconstitucionalización

El desarrollo de la sociología jurídica ha permitido que de manera paulatina nos hagamos conscientes de que el derecho se incardina dentro de los fenómenos sociales. Por su naturaleza, el derecho, como sistema de autoridad que regula la vida social y legitima el uso de la fuerza del Estado, se convierte en un instrumento que organiza y legitima ciertos poderes sociales y sus acciones que no siempre van en dirección del bien común.

En nuestro país el derecho ha sido usado para defender los privilegios de los sectores más poderosos, especialmente los que detentan el poder económico. En ese sentido, puede decirse que el derecho más respetado en Guatemala es el derecho a la propiedad privada. Uno de los aspectos más usados para lograr este objetivo es el uso formal del derecho.

El problema con esta estrategia es que, de hecho, la Constitución se vuelve ineficaz, lo que hace que sus valores sean ignorados de manera generalizada. Como lo apunta el jurista argentino Néstor Pedro Sagües, “el incumplimiento, la



desnaturalización o violación reiterada de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, puede provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión (Sagües 2016, p. 100). En consecuencia, y en sintonía con las ideas de Sagües, es conveniente defender la propiedad comunal para que los verdaderos compromisos normativos de la Constitución se conviertan en realidad.

4.4. Los derechos colectivos y el pluralismo jurídico

La imposibilidad de pensar la propiedad comunal coincide con la relativa falta de importancia que poseen los derechos sociales. Los derechos colectivos, en efecto, siempre han estado subordinados al cumplimiento de los derechos individuales. Como ya se ha visto, desde la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, la idea general es que los derechos sociales deben ser proveídos por los Estados en función de sus posibilidades.

En su momento, la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos determinó que los países en dificultades para satisfacer los derechos sociales iban a ser beneficiarios de la ayuda internacional. Esta creencia, sin embargo, ha ido cayendo en descrédito, ante la cruda realidad del desmantelamiento de los Estados alrededor del mundo. Incluso los países desarrollados han visto cómo sus sistemas de seguridad social se desmantelan ante la presión de las medidas de austeridad,



a menudo impuestas por poderes económicos privados. Se ha visto cómo en Europa, las protestas sociales se incrementan, llevando a movimientos que cuestionan tales medidas. La ayuda para el desarrollo realmente es mínima en relación con la economía de los países donantes y, lamentablemente, mucha de estas contribuciones se queda en manos de las ONG's o en la maraña de la corrupción de las personas que operan dicha cooperación, como en el caso de los funcionarios que manejan dichos fondos. El resultado ha sido que los derechos sociales siguen sin realizarse en la vida de las personas necesitadas, no solo en Guatemala, sino que virtualmente en todos los países¹⁹.

Consideramos, sin embargo, que la racionalidad de los derechos sociales se ubica en la necesidad de garantizar la vida humana digna sobre el planeta, y, por lo tanto, su carácter perentorio se agudiza a medida que pasa el tiempo. En este contexto, el pluralismo jurídico se ofrece como una posibilidad de realizar los derechos colectivos y sociales. En efecto, los diversos grupos étnicos pueden desarrollarse de acuerdo a sus propias concepciones. Dichos grupos conocen sus problemas y saben qué caminos pueden llevarlos a la satisfacción de las necesidades básicas que el país ha ignorado a lo largo de su historia.

¹⁹ En realidad, la ayuda internacional para el desarrollo ha disminuido ostensiblemente, como lo prueba el caso de España, país que solo contribuye con el 0.12 de su renta nacional bruta. Véase el sitio de Oxfam <http://www.oxfamintermon.org/es/sala-de-prensa/nota-de-prensa/gobierno-espanol-abandona-solidaridad-internacional-con-un-recorte-en-http://www.oxfamintermon.org/es/sala-de-prensa/nota-de-prensa/gobierno-espanol-abandona-solidaridad-internacional-con-un-recorte-en> (última consulta el 5 de julio de 2017).



Desde luego, por la naturaleza del orden constitucional tales derechos comunitarios y culturales no pueden llevar al olvido de otros derechos fundamentales. No se pueden reclamar derechos culturales, por ejemplo, para negar ciertos derechos básicos como el derecho al debido proceso o la dignidad. Si los derechos de los pueblos indígenas se basan en la profundización de los derechos humanos, entonces tales derechos no pueden ir contra los derechos humanos en su generalidad. Si surgen conflictos concretos siempre es posible ponderar los derechos en pugna. El nuevo derecho constitucional ha sido consciente de esos problemas y por eso insiste en la ponderación.

En todo caso, los derechos comunales pueden ayudar a la sociedad en su conjunto. Se puede pensar, por ejemplo, en el cuidado de los bosques y las fuentes de agua. Además, el cuidado de la tierra puede ser valioso para garantizar las posibilidades y derechos alimentarios de la sociedad. Por estas razones, en general, la propiedad comunal permite una mejor distribución de los recursos que todos necesitamos para vivir. Por lo mismo, la propiedad comunal se convierte en un recurso institucional para garantizar los derechos humanos en su carácter integral. Y, en consecuencia, los derechos sociales, en términos generales, pueden alcanzar mayor respeto.

Es claro, pues, que la promoción del pluralismo jurídico, en el contexto de este, la propiedad comunal, crea un ambiente general de respeto de los derechos colectivos. En dicho ambiente es más fácil empezar la tarea de reconocer otros



derechos sociales, siempre en consonancia con el respeto a la libertad e iniciativa individual. En realidad, una sociedad que respeta los derechos colectivos también debe respetar el libre ejercicio y desarrollo de la individualidad, porque en último término, la sociedad está compuesta de individuos concretos que necesitan, sin embargo, un ambiente propicio para poder desarrollar sus particulares potencialidades.

4.5. La propiedad comunal y el bien común

La propiedad común por su naturaleza se incardina dentro de la promoción del bien común. Este es uno de los valores reconocidos, como se ha visto, en el preámbulo de nuestra Constitución. En efecto, un preámbulo funciona como declaración de principios que puede ayudar en la interpretación de las normas jurídicas concretas.

El bien común es una noción de larga data en el pensamiento jurídico, la cual alcanza su consagración en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino. Esta idea cayó en cierto desuso con el advenimiento del liberalismo. Sin embargo, en la actualidad, y frente a los problemas de interconexión global se ha vuelto a promover el bien general, no solo de una comunidad nacional, sino también de la humanidad presente y futura.



Desde luego, también ayuda al bien común que las personas tengan derechos al fruto de su trabajo. Una sociedad que no estimula la creatividad de las personas que buscan su superación, tendrá problemas considerables para poder lograr el deseado progreso. No puede dejar de pensarse en personas que solo viven al día, sin ningún sentido de superación y que no buscan el progreso suyo ni de su país.

En ese sentido, sin embargo, debe reconocerse que la propiedad comunal busca ante todo el respeto de diferentes visiones del mundo y la posibilidad de garantizar órdenes menos nocivos para la comunidad considerada como un todo. Se debe fomentar la libre creatividad, no la ambición sin límites. No se debe impedir que las propias comunidades busquen su propia superación general, garantizando un futuro digno para sus descendientes. Antes que una creación de riqueza mal distribuida se debe buscar la seguridad alimentaria y ambiental de los sectores que viven en condiciones precarias, por procesos históricos que se encuentran más allá de su responsabilidad.

Somos del parecer que el pluralismo jurídico, con su énfasis en la propiedad comunal, puede ayudar a consolidar la función social de bienestar del Estado. Para muchas personas, el Estado constitucional de derecho se ha convertido en una historia de otros tiempos. Desde luego, en Guatemala dicha historia es menos clara que en los países “desarrollados” en donde esta realidad se vivió con mayor intensidad en los países desarrollados en donde el Estado prestaba servicios



básicos de calidad. En todo caso, en países como Guatemala también se ha visto la disminución de la calidad de los servicios públicos, hasta el punto de que se enfrenta un desabastecimiento escandaloso en el sector de salud pública. Esta situación se experimenta en otros rubros de la vida nacional, como es el caso de la educación pública.

El derecho a la propiedad comunal es un derecho peculiar y, como tal, requiere medidas especiales para garantizar su uso y disfrute. Como hemos visto, no hay una sola forma de entender el derecho de propiedad, y aplicar medidas especiales que supongan un trato desigual a personas (o comunidades) en condiciones desiguales es un acto aceptado por el derecho interno.

Las comunidades tendrán la facultad de usar y disfrutar de sus territorios y recursos naturales sin injerencias del Estado, tal como recoge el artículo 21. Sin embargo, la propiedad privada en ciertas ocasiones también va a requerir de obligaciones positivas del Estado para garantizar su pleno ejercicio. Obligaciones positivas entendidas como medidas necesarias para proteger el derecho a la propiedad allí donde las comunidades legítimamente las esperen. Estas obligaciones del Estado son, como veremos a lo largo de este punto, un elemento fundamental para el ejercicio del derecho a la propiedad comunal indígena.



Es un primer deber de las autoridades públicas reconocer el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras comunales. Éste debe ser un reconocimiento formal. No basta con el reconocimiento de ciertos intereses de propiedad o con el reconocimiento mediante proceso judicial, tal y como lo garantizaba el ordenamiento interno de Surinam, sino que tiene que ser un reconocimiento real dentro del sistema normativo nacional.

Los hechos del caso se relacionan con el Pueblo Saramaka, cuyos integrantes forman un pueblo tribal con características culturales específicas y una identidad conformada por una compleja red de relaciones con la tierra y las estructuras familiares. La ocupación del territorio de los Saramaka data de comienzos del Siglo XVIII. Aun cuando el Estado es el propietario de los territorios y recursos ocupados y utilizados por el Pueblo Saramaka, por aprobación tácita del Estado, éste ha obtenido cierto grado de autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos. No obstante, el Estado empezó a otorgar concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del Rio Suriname Superior y el territorio del Pueblo Saramaka. Asimismo, las concesiones madereras otorgadas dañaron el medio ambiente.

El Pueblo Saramaka carecía de estatuto jurídico en Suriname y por tanto no era elegible para recibir títulos comunales en nombre de la comunidad o de otra entidad colectiva tradicional que posea la tierra. A pesar de haber solicitado que se



establezca o reconozca un título de propiedad sobre sus territorios, el Estado no realizó mayores acciones para ello.

De forma contraria, con el simple reconocimiento de un interés o privilegio, el disfrute de sus tierras se podría ver opacado por derechos de terceros o por la intervención del Estado. Según la Corte en el Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, la falta de reconocimiento no satisface el artículo 2 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del artículo 21 de la misma.²⁰

4.6. Los movimientos sociales

En los últimos tiempos, el constitucionalismo latinoamericano ha avanzado ciertos planteamientos que han tenido importancia a nivel global. El tiempo ha pasado en el que la región latinoamericana se limitaba a seguir las ideas jurídicas y políticas de otros países, especialmente los europeos. Estos modelos jurídicos impulsan modos nuevos de considerar ciertos temas especialmente conflictivos, como es el de la tenencia de la tierra y el respeto de los bienes ambientales.

²⁰ Art. 2 de la CADH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”



A pesar de sus opositores, y de sus propios problemas, las Constituciones de Ecuador y Bolivia plantean posturas interesantes en las que se protegen los bienes comunes de la humanidad. Estos países han propuesto tesis novedosas respecto a la protección de los bienes comunes. El preámbulo a la Constitución ecuatoriana dice:

“Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que nosotros somos parte y que es vital para nuestra existencia. Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos constituir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia, sobre el derecho comunal:

Un elemento característico del derecho comunal indígena es su reconocimiento como derecho colectivo, cuyo ejercicio corresponderá a la comunidad en su conjunto, aunque los beneficiarios finales sean cada uno del individuo perteneciente a la comunidad. Como dice el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en la sentencia de reparaciones del Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala, los derechos



comunitarios son fuente de derechos individuales y son a su vez derechos humanos con el mismo rango que cualesquiera otros. Se trata por lo tanto de uno de los pocos derechos que gozan de un carácter colectivo (sin entrar en discusiones doctrinales). Ello es debido a que tradicionalmente los pueblos indígenas han tenido una visión comunal de la propiedad en el sentido de que la pertenencia a la tierra no se centra en los individuos sino en la comunidad”.²¹

Los movimientos sociales empeñados en buscar el bien común deben informarse de los métodos que ofrece el nuevo paradigma jurídico constitucional, entre ellos sus desarrollos en América Latina. Aunque a veces decepcionen, los tribunales constitucionales pueden llevar a logros que poco a poco se pueden ir consolidando si se actúa de forma inteligente e informada. Además, como ya se vio en el capítulo anterior siempre existe la posibilidad de acudir a instancias jurídicas internacionales, como en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es una fuerza influyente en la realidad jurídica de los regímenes jurídicos de la región latinoamericana.

En esta dirección debe buscarse, además, una cultura ciudadana de respeto a los bienes comunes. Hay mucho de razón en la creencia de que la gente no cuida lo que pertenece a todos; sin embargo, una ciudadanía educada puede alcanzar mucho si conoce los verdaderos valores constitucionales.

²¹ CorteIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (Reparaciones). Sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 13



También se debe fomentar el respeto de la buena política. Sin la participación ciudadana no se puede lograr el objetivo de una sociedad autosuficiente y democrática. Es notable cómo la ciudadanía termina votando, en todos los lugares, por personas que olvidan rápidamente su importante función.

En este sentido, también adquiere importancia actualizar a los juristas en el aprecio o consideración de la propiedad comunal como una institución válida. Esta tarea, sin embargo, está siendo subsanada por el surgimiento y de los programas de posgrado en el área jurídica. Esta tesis quiere ser una contribución en la dirección mencionada.

Un recurso que se abre para la defensa de los derechos que favorecen a las comunidades indígenas, y aquellos grupos que defienden intereses colectivos, es el derecho alternativo. Este tipo de práctica jurídica se desarrolla a través de centros que apoyan legalmente las demandas de grupos vulnerables. El derecho alternativo busca, en particular, el litigio estratégico con el fin de ir creando jurisprudencia a favor de los sectores sociales más débiles. En el sitio web de Cecies se puede leer la siguiente caracterización del derecho alternativo:

El derecho alternativo es un acto, un modelo de construcción del derecho que tiene su fundamento en el desarrollo desde cierto punto de vista, que implique los valores asociados a la reafirmación de la libertad humana frente a los abusos del Estado, del derecho a la vida, de la lucha por la repartición del producto social, por la reducción

de la desigualdad y por la defensa del futuro del hombre, preservando para él y para las generaciones futuras el medio ambiente y la naturaleza.



Es digno de mención que el derecho alternativo responde a las carencias de la cultura latinoamericana y, como tal, se convierte en un instrumento enraizado en nuestra cultura. El texto citado continúa notando este hecho:

“Nace a partir de los conflictos sociales de nuestra Latinoamérica y tiene como meta un nuevo orden jurídico, buscando las posibles contradicciones dentro de un orden jurídico que posibilite los fines antes enunciados. Con este modo de ejercicio práctico también se tiende a justificar y hacer vigente una nueva función de los jueces que consiste en impartir justicia a través de sentencias y resoluciones contrarios a la propia ley, cuando ésta sea injusta, apelando a una visión más amplia del derecho, que no se restrinja a la legislación vigente. Esta concepción amplia del derecho no solo implica la ley, sino también el uso de otras fuentes, como la costumbre, los distintos principios filosóficos que fundamentan el derecho, la jurisprudencia doctrinal y los pactos internacionales institucionalizados.”

De este modo, los movimientos sociales deben profundizar las demandas en función de los contenidos constitucionales. Usando los recursos del sistema, estos movimientos deben profundizar la exigencia de que los derechos humanos no sean



únicamente declaraciones de buena voluntad, sino realidades que benefician a los ciudadanos de una manera concreta. La ventaja de esta estrategia es que genera procesos en los que el sistema constitucional pueda responder a sus verdaderos desafíos, que son todos aquellos que se direccionan en la consecución del bien común.

El nuevo pluralismo jurídico no sólo supone una modificación del espacio en dónde se pueden presentar los distintos derechos. Es decir, no solamente cambia la respuesta a la pregunta ¿dónde existe pluralismo jurídico?, sino el modelo analítico que pretende dar cuenta de dicha situación: ¿Qué es lo que estamos observando? A diferencia del pluralismo jurídico clásico, no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado. No se ocupa de analizar exclusivamente el efecto del derecho en la sociedad, buscado conceptualizar la forma en que las distintas formas de regulación jurídica se relacionan y compiten entre sí: en lugar de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva considera que las formas de ordenamiento plurales participan en el mismo campo social.



Las relaciones, por lo tanto, entre los distintos derechos presentes en un mismo espacio no están dadas por la identidad, la unidad y la independencia. Por el contrario, estos derechos se mezclarían unos con otros, existirían préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y materiales. En lugar de unidad habría dispersión, en lugar de identidad existirían mezclas, amalgamas indistinguibles y combinaciones, junto con la lucha y la oposición se daría la libre circulación de elementos discursivos y simbólicos. La comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos serían los principales elementos de este nuevo contexto. Los derechos presentarían fronteras siempre franqueables. No serían unidades cerradas, independientes y aisladas sino que sus límites serían porosos (Santos 1987: 297-298), nunca plenamente abiertos pero tampoco totalmente cerrados. Su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar (Teubner 1992: 1457).

Las dos vertientes del pluralismo jurídico que acabamos de reseñar, el pluralismo jurídico clásico y el nuevo pluralismo jurídico, comparten una crítica clara al principio de jerarquía del derecho estatal. También comparten la virtud de articularse, en ocasiones, con las luchas de los grupos sociales oprimidos. Sus presupuestos epistemológicos y sus implicaciones políticas la han convertido en un saber relativamente exitoso y popular en ciertos sectores académicos y políticos. A pesar de ello, la formación de la teoría ha pasado por un intenso debate en torno, precisamente, a sus presupuestos epistemológicos y a sus implicaciones políticas. Las virtudes del pluralismo jurídico se convierten así en sus más pesadas cargas.



El pluralismo jurídico ha sido sin duda un concepto polémico. Dos son las críticas centrales a los postulados que defiende esta corriente de pensamiento. La primera hace referencia a la definición del derecho que implícita o explícitamente subyace a la teoría.

Esta crítica tiene cuatro aristas que se complementan. La primera arista, critica la vaguedad del concepto de derecho que defienden los pluralistas jurídicos. La segunda, afirma que la vaguedad de la definición pluralista del derecho termina destruyendo los límites entre lo jurídico y lo social. Todo ordenamiento normativo podría legítimamente calificarse como un ordenamiento jurídico y por tanto, la categoría “derecho” perdería toda utilidad analítica.

La tercera arista señala que además de vagas, las definiciones del derecho que defienden los pluralistas terminan dependiendo conceptualmente del derecho estatal, esto es, se asume una perspectiva esencialista o funcionalista que recoge las características típicas del derecho oficial o las funciones que usualmente se le atribuyen a éste. Los pluralistas, pues, terminan en donde empezaron y de donde querían rápidamente partir: el monismo jurídico liberal. Finalmente, la cuarta arista, indica que el uso de un concepto de derecho vago y dependiente del monismo jurídico como el que defienden los pluralistas, antes que promover uno de los objetivos centrales de la corriente de pensamiento, esto es, la reivindicación de ordenes no estatales que por lo menos intuitivamente podrían ser llamados derecho,



lo obstaculiza. Estos ordenes no estatales terminarán asimilados al orden estatal y los elementos que los caracterizan terminaran siendo obviados o calificados como marginales.

La segunda crítica, cuestiona el carácter expansivo del pluralismo jurídico. Esta perspectiva, afirma que la ampliación del dominio de lo jurídico sirve notablemente a los académicos del derecho pero muy poco a los espacios sociales que el derecho coloniza. Mientras que los primeros expanden su poder al ensanchar su objeto de estudio y al ejercer un control epistemológico sobre éste, los segundos no reciben claros beneficios cuando son calificados como jurídicos.

4.7. Sumario de capítulo y conclusión

Este capítulo ha mostrado el sentido constitucional de la propiedad comunal como una figura jurídica que puede ayudar a fortalecer el Estado constitucional de derecho. Lo ha hecho de manera moderada, argumentado que un orden ideal debe hacer lo posible por conservar ambas modalidades de propiedad. La propiedad privada debe ser usada para incentivar la creatividad individual; la comunal debe proteger los bienes necesarios para la vida humana. Ambas formas de propiedad se complementan.



La propiedad comunal, por lo tanto, puede ayudar a realizar los valores constitucionales. Por esta razón es consistente con el Estado constitucional de derecho. La razón fundamental es que promueve el ideal del bien común, el cual contempla una consideración integral de las mismas bases materiales y espirituales de la vida humana. Dicha búsqueda exige una limitación a los derechos de propiedad privada, especialmente cuando estos apuntan a recursos necesarios para la vida humana en general.

Si no se aprovecha la actual coyuntura para establecer la propiedad comunal y se le da mayor espacio, entonces es probable que se establezca una especie de ineficacia del pluralismo jurídico. Por esta razón, es necesario que los sectores que buscan la satisfacción de sus derechos fundamentales presionen para que sus demandas sean reconocidas de manera plena. Es necesario evitar el proceso de deconstitucionalización que en la actualidad amenaza al modelo constitucional, el cual se encuentra también en crisis debido al progresivo debilitamiento del Estado como instrumento institucional para alcanzar el bien común. Esta verdad hace imaginar la inmensidad de las tareas que le corresponden a los juristas de la actualidad.

La propiedad comunal es importante para promover satisfactores para los derechos colectivos. Es imprescindible dar satisfacción a los derechos colectivos pues se necesita resolver problemas comunes que cada día se vuelven más urgentes como



es el caso del agua y el ambiente. La crisis de estos recursos es un factor que volvería mucho más dura la vida de las personas más pobres. Para dar un ejemplo, si el agua se privatiza no se cuidará más, sino que se venderá solo a aquellos que tienen la capacidad de pagarla. El sufrimiento humano sería incalculable.

La propiedad comunal puede ser impulsada por las demandas de los movimientos sociales. En este sentido, no se puede prescindir de la educación ciudadana para poder cuidar los bienes comunes. Desde luego, se debe evitar esa cultura del desorden, del desperdicio, del aprovechamiento de lo que no cuesta. Este objetivo es factible y, desde ya, es necesario que se organicen nuevos paradigmas educativos que nos enseñen a vivir con civismo, con consideración a los demás. Desde los movimientos sociales, por otro lado, se puede impulsar el desarrollo del derecho alternativo, modalidad de práctica jurídica que busca hacer que la Constitución y el derecho cumplan sus promesas.

Es necesario citar el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual garantizará el derecho sobre las tierras y territorios indígenas, y que nos acompañará en todo el estudio: Derecho a la Propiedad Privada: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto

la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”



La Corte interpreta un concepto de propiedad que es bastante amplio. Esta amplitud del concepto de propiedad es la que le ha permitido situar bajo la sombra del artículo 21 a la propiedad comunal indígena. El artículo establece que la protección de la propiedad implica garantizar tanto la posesión como el uso y disfrute sin intromisiones. Sin embargo, la propiedad no goza de una protección absoluta y puede ser limitada, pero siempre sometida. El objeto de este estudio será analizar los argumentos esgrimidos por la Corte que identifican las tierras ancestrales indígenas con el concepto de bienes y que garantizan, por lo tanto, su uso y disfrute por parte de las comunidades; las condiciones para su reconocimiento; las obligaciones del Estado para garantizarlo; y su interrelación con el derecho a la propiedad privada de particulares.

Finalmente, nada puede obviar la necesidad de la educación jurídica de los ciudadanos y la constante actualización de la formación de los operadores jurídicos. En ese sentido, se hace evidente la necesidad de promover además la genuina independencia judicial debido a que el modelo constitucionalista moderno exige la mirada del juez sobre el caso concreto.

CONCLUSIÓN



La propiedad puede alcanzar formas muy diversas de uso y disfrute dentro de una misma sociedad democrática, y el Estado deberá proteger todas ellas frente a injerencias de terceros, salvo algunas excepciones.

Esta investigación se ha preguntado si el pleno reconocimiento y fomento de la propiedad comunal, basado en la existencia del pluralismo jurídico, ayuda a incrementar la realización de los valores constitucionales dentro del Estado constitucional de derecho en Guatemala. En consonancia, la hipótesis que organiza este trabajo ha sido, que el pleno reconocimiento y fomento de la propiedad comunal puede contribuir a incrementar la realización de los valores constitucionales que definen el Estado constitucional de derecho en Guatemala de acuerdo a la vigente Constitución Política de la República de Guatemala; tales como la justicia, el bien común y la seguridad jurídica al obtener los pueblos mayas éste reconocimiento; a fin de vivir armoniosamente en la esfera de la sociedad guatemalteca.

La propiedad comunal, especialmente de la tierra, debe aceptarse y promoverse a pesar de las múltiples ideas negativas que dicha noción tiene en el medio guatemalteco. En esta tesis se ha argumentado que dichos prejuicios dependen de circunstancias históricas que han cambiado, especialmente, las que llevaron a la ideología liberal clásica y el Código Civil napoleónico que tuvo vigencia durante el siglo XIX.



También se ha argumentado que la desigualdad, el cambio climático y la escasez de recursos naturales constituyen razones de peso para aceptar la propiedad comunal. Es necesario reconocer que tal forma de propiedad promueve el bien común y una vida digna para la sociedad guatemalteca. Además, la propiedad comunal coadyuva al fortalecimiento de los valores tales como la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, mismos que han sido reconocidos por la Constitución Política de la República vigente. En este sentido, es necesario superar algunos aspectos del individualismo que surgieron al inicio del liberalismo.

Como es de esperar, aún existen múltiples problemas sobre este tema, que requieren sus propias investigaciones. Debe estudiarse, por ejemplo, la situación que viven ciertas comunidades en torno a los reclamos ancestrales de tierras con dueños particulares posteriores que tienen sobre un mismo territorio. También debe asegurarse la seguridad jurídica que demanda toda actividad económica. Estos problemas, como lo demuestra la historia, han dado lugar a episodios conflictivos que pueden llevar a situaciones de ingobernabilidad. Dichas situaciones, sin embargo, son abordables desde las necesidades que plantea el momento actual en el país y a nivel mundial. Guatemala ha reconocido con ciertas limitaciones, el fomento de la propiedad comunal, siendo necesario aún brindarle mayor seguridad jurídica al reclamo de tierras por parte de las comunidades indígenas.

Para concluir, destacaremos que, pese a que el reconocimiento de este derecho nos acerca a un pasado muy reciente, ha venido a proteger una realidad ancestral

de los pueblos indígenas. Se ha dado respuesta a un derecho que fue opacado primero por el derecho ultramarino y después por el orden jurídico que ampara el liberalismo. Ha supuesto la recuperación del derecho original situándolo, cuanto menos, al mismo nivel que el concepto de propiedad que hasta ahora considerábamos “tradicional”. Por el momento ha sentado las bases de un reconocimiento social esperanzador para las comunidades indígenas.





BIBLIOGRAFÍA



Adcock, Fleur (2015). *Los procedimientos especiales de la ONU y los pueblos indígenas*. 11ª edición. Año 4. Guatemala: *Revista Análisis de la Realidad Nacional*. Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos de

Artola, Miguel (2005). *Constitucionalismo en la historia*. Barcelona: Editorial Crítica.

Ávila Quijas, Aquiles Omar (2012). *Interpretaciones sobre la redención de censos enfiteúticos en Guatemala a finales del siglo XIX. Los casos de Antigua Guatemala, San Felipe y San Mateo Milpas Altas*. Vol. 13. No. 25. *Mundo Agrario*. Recuperado de <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/library?a=d&c=arti&d=Jpr5621>.

Barberis, Mauro (2008). *Ética para juristas*. Traducción de Álvaro Nuñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta.

Barcellona, Pietro (1996). *El individualismo propietario*. Traducción de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta.

Bonfil Batalla, Guillermo (1987). *México profundo: una civilización negada*. Ciudad de México: Ciesas.

Boyle, James (2003). *El segundo movimiento de cercamiento y la construcción del dominio público*. Traducción de Ariel Vercelli. Recuperado de <http://www.arielvercelli.org/documentos/E2MDCYLCDDP-BOYLE.pdf>.



Cabezas Carcache, Horacio (2010). *Independencia centroamericana: gestión y ocaso del Plan Pacífico*. Guatemala: Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Cambranes, Julio César (2004). *500 años de lucha por la tierra: estudios sobre propiedad rural y reforma agraria en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Editorial Cholsamaj.

Capella, Juan Ramón (2008). *La fruta prohibida*. 5ª edición. Madrid: Editorial Trotta.

Castillo Urbano, Francisco (1992). *El pensamiento de Francisco de Vitoria: Filosofía política e indio americano*. Barcelona: Editorial Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana.

Centro de Estudios Económico Sociales (2007). *Diez prioridades para el próximo Gobierno 2008*. Recuperado de <http://www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/web/Topic-957.html>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

Contreras, Francisco José (2014). *La filosofía del derecho en la historia*. Madrid: Editorial Tecnos.

Cordero Quinzacara, Eduardo y Eduardo Aldunate Lizana. (2008). *Evolución histórica del concepto de propiedad*. No. 30. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013



Davis, Shelton Harold (1997). *La tierra de nuestros antepasados: Estudio de la herencia y la tenencia de la tierra en el altiplano guatemalteco*. Traducción de C. Margarita Cruz Valladares. Antigua Guatemala: CIRMA.

Diamond, Jared (2006). *Colapso: por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*. Traducción de Ricardo García Pérez. Barcelona: Editorial Debate.

Cruz, Luis M. (2006). *La constitución social de la propiedad: Bentham frente a Locke*. *Anuario de filosofía del derecho*. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2006-10021900240.

Ferrajoli, Luigi (2002). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrari, Vincenzo (2015). *Primera lección de sociología del derecho*. Traducción de Héctor Fix Fierro. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.



Ferrero Hernández, Ricardo (2016). *Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana*. No. 63. *Revista IIDH*.

Fuenteseca Degenefee, Margarita (2004). *La formación romana del concepto de propiedad*. Madrid: Dykinson.

Gamazo, Carol (2013). *Plaza Pública*, La Registradora de la Propiedad y la certeza de que nadie pueda reclamar Tikal, Plaza Pública 2 de diciembre de 2013

García, Aniza (2008). *El derecho humano al agua*. Madrid: Trotta.

García Laguardia, Jorge Mario (2010). *Breve historia constitucional de Guatemala*. Guatemala: Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

García Villegas, Mauricio (2010). *Sociología y crítica del derecho*. Editorial Fontamara. México.

Gobierno de Guatemala (2014). *Informe Ampliado del Estado de Guatemala al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, Respuesta del Estado de Guatemala al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre la Lista de Cuestiones Relativas al Tercer Informe Periódico de Guatemala en 2014*.

Grossi, Paolo (1992). *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador*. Traducción de Ángel M. López y López. Madrid: Editorial Civitas.

Grossi, Paolo (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.



- Grossi, Paolo (2013). *Los bienes: itinerarios entre la modernidad posmodernidad, en Paolo Grossi y Ángel M. López y López, Propiedad y Otras perspectivas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Guastini, Riccardo (2016). *Lecciones de derecho constitucional*. Traducción de César E. Moreno More. Lima: Ediciones Legales.
- Guzmán Böckler, Carlos y Jean-Loup Herbert (2002). *Guatemala: Una interpretación histórica-social*. Segunda edición guatemalteca. Ciudad de Guatemala: Editorial Cholsamaj.
- Hardin, Garret (1968). *La tragedia de los comunes*. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. No. 37. México: Gaceta Ecológica. Instituto Nacional de Ecología
Recuperado de
https://www.uam.es/personal_pdi/ciencias/jonate/Eco_Rec/Intro/La_tragedia_e_los_comunes.pdf.
- Hinkelammert, Franz (2000). *La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke en: Joaquín Herrera Flores (ed.) El vuelo de Anteo: Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer.
- Houtart, Francois. *El bien común de la humanidad*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Locke, John (2014). *Segundo tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen y fin del gobierno civil*. Traducción de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial.
- Martínez Peláez, Severo (1994). *La patria del criollo: Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca*. Ciudad de México: Ediciones en Marcha.



- Martínez Peláez, Severo (2011). *Motines de indios: La violencia colonial en Centroamérica y Chiapas*. Ciudad de Guatemala: F&G Editores.
- Mattei, Ugo (2011). *Límite a las privatizaciones*. Traducción Mariana Saúl. No. 50. Le Monde Diplomatique, versión Cono Sur.
- Miranda González, José (1962). *La propiedad prehispánica en México*. En: *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Montenegro, Walter (1982). *Introducción a las doctrinas político-económicas*. 3ª edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU en Guatemala (2013). *Los desalojos en el Valle del Polochic Una mirada a la problemática agraria y a la defensa de los derechos humanos de las comunidades q'eqchi's*. Ciudad de Guatemala: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en Guatemala. Recuperado de http://cms.fideck.com/userfiles/onu.org.gt/hector.morales/file/Publicaciones/Estudio_desalojos.pdf, última consulta el 23 de julio de 2017.
- Olivé, León. *Interculturalismo y justicia social*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Oxfam (2016). *Desterrados: Tierra, poder y desigualdad en América Latina*. Oxford: Oxfam Gran Bretaña.
- Ostrom, Elinor (2011). *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Segunda edición. Traducción de Leticia Merino. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.



Papa Francisco (2015). *Laudato Si: Sobre el cuidado de la casa común*. Guatemala: Editorial y Librería Kyrios.

Pastor, Rodolfo (2011). *Historia mínima de Centroamérica*. Ciudad de México: El Colegio de México.

Peña Freire, Manuel Antonio. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

Pérez, Joseph. *Los comuneros*. Madrid: La Esfera de los Libros.

Pisarello, Gerardo (2001). *Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías? Jueces para la Democracia*. No. 41.

Platón (2013). *La República*. Traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano. Madrid: Alianza Editorial.

Rabasa Gamboa, Emilio (2002). *Derecho constitucional indígena*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

Rabinovich-Berkman, Ricardo D (2001). *Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Revista Parques (2013). *Situación jurídica de las tierras comunales en Guatemala*. Recuperado de <http://revistaparques.net/2013-2/articulos/situacionjuridicadelastierrascomunalesenguatemala/>.

Rivero, Oswaldo. *El mito del desarrollo y la crisis de civilización*. 4ª edición. Lima: Fondo de Cultura Económica del Perú.



Rousseau, Jean Jacques (2012). *Discurso sobre las ciencias y las artes, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. 3ª edición. Traducción de Mauro Armiño. Madrid: Alianza Editorial.

Ruiz Miguel, Alfonso. *Una Filosofía del Derecho en modelos históricos: de la Antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2ª edición revisada. Madrid: Trotta.

Sabine, George H. (1994). *Historia de la teoría política*. 3ª edición. Revisada por Thomas Landon Thomson. Traducción de Vicente Herrero. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Sagües, Néstor Pedro (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales.

Soberanis, Catalina (2015). *Demandas de los pueblos indígenas de Guatemala*. 11ª edición. Año 4. Guatemala: *Revista Análisis de la Realidad Nacional*. Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Stavenhagen, Rodolfo (2008). *Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas, en: Santiago Bastos (compilador), Multiculturalismo y futuro en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Flacso/Oxfam.

Torres Rivas, Edelberto (2008). *La Restauración Conservadora: Rafael Carrera y el destino del Estado nacional en Guatemala*. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*. No. 35.

Upegui Acevedo, Efraín (s.f.). *El concepto tomista de la propiedad*. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/upb/article/viewFile/3887/3470>



Us Pinula, Juan Carlos (2013). *Acceso vrs. acaparamiento de tierra: Una breve aproximación a la problemática en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Magna Terra Editores.

Vaugh, Karen I. (1985). *Teoría de la propiedad de John Locke: problemas de interpretación*. No. 3. *Revista Libertas*. Instituto Universitario ESEADE.

Verdross, Alfred (1962). *La filosofía del derecho en el mundo occidental*. 2ª edición. Traducción de Mario de la Cueva. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Viciano, Roberto y Rubén Martínez (2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición, El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador.

Wolkmer, Antonio Carlos (2003). *Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*. Argentina: Consejo Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>.