

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

La Costumbre como Fuente de Regulación de la Vida en Comunidad. .

Romualdo Hernández Astudillo.

Cita:

Romualdo Hernández Astudillo. (1995). *La Costumbre como Fuente de Regulación de la Vida en Comunidad. II Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/ii.congreso.chileno.de.antropologia/31>

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

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

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LA VIDA EN COMUNIDAD

Romualdo Hernández Astudillo^[110]

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta presentación es, simplemente, compartir algunas reflexiones respecto de como el sistema jurídico chileno da, o no, cabida a las costumbres que priman en un determinado ámbito cultural y, en especial, cuando se trata de personas que viven en comunidad.

Los organizadores del evento me han pedido que la enfoque desde la perspectiva de la antropología jurídica pero, son tan escasos mis conocimientos sobre esta disciplina, que más bien lo haré desde la óptica que da el trabajo cotidiano con campesinos y pobladores de distintos tipos y lugares.

A través de la ponencia pretendo referirme a la forma en que las leyes chilenas tratan la costumbre y, en especial, a la situación de aquellas agrupaciones de personas que han optado por vivir en comunidad. La vida comunitaria implica que el grupo se da normas propias que no siempre coinciden con las normas legales y, en ocasiones, entran en conflicto, jurídico y social.

El conflicto puede ser implícito o explícito, anterior a la dictación de la norma, coetáneo a su aplicación o de efectos posteriores. Puede tener consecuencias más o menos masivas pero, en la mayoría de los casos, suele ir en detrimento de los más pobres y marginados. Haré especial mención de algunas situaciones que se han dado en la Comunidades Agrícolas de la IV Región de Chile.

II. LA NORMA JURÍDICA

"Las normas que regulan la conducta humana son preceptos que tienen por fin realizar valores"^[111], es decir, pretenden guiar la conducta del hombre hacia la consecución de determinados objetivos valóricos e ideológicos, siendo indiferente para su validez y existencia el que se cumpla o no el objetivo propuesto, pues esto depende más bien de la fuerza y capacidad de quienes detentan el poder de dirección, para imponerlas sobre todo el grupo social. Es justamente la posibilidad de coerción y de cumplimiento forzado lo que diferencia la norma jurídica de las normas morales, los usos sociales y los meros convencionalismos.

Teóricamente, las normas jurídicas deberían coincidir con las sociales y morales, más aún si consideramos que estas son las que expresan con mayor fidelidad los valores que impregnan en determinado momento a la sociedad, y entre ellos el de justicia. El alto prestigio del sistema democrático se fundamenta, precisamente, en que sería la mejor fórmula para la ecuación entre los valores e intereses globales de la comunidad y los valores e intereses de los grupos religiosos, étnicos, socioeconómicos, políticos y de otro tipo que la integran. La pregunta sobre quien determina estos "valores e intereses globales" de la sociedad la responde, en teoría, el sistema electoral democrático. Sabemos que hay sociedades que se acercan más a este ideal pero ninguna lo logra.

Un buen ejemplo de las distorsiones que se producen es la elevada aprobación social sobre el divorcio, que muestran las encuestas, en circunstancias que quienes han sido elegidos para expresar esos

[110] Abogado.

[111] Pacheco, pág. 40.

consensos, a través de las normas jurídicas, no dictan la ley correspondiente. Otro ejemplo es el de la situación de los casos de vulneración de los derechos humanos.

Por otro lado, podemos afirmar que el alto grado de acuerdo que se supone tienen las normas jurídicas sustenta dos de sus características más importantes, a saber, que son imperativas (mandan hacer o no hacer algo, concediendo deberes a unos y derechos a otros) y son coactivas (de cumplimiento obligatorio, aún para quien no comparte los valores que expresan). De hecho, y justamente por ser el Derecho expresión de valores éticos, supuestamente compartidos por todos, es más bien un elemento de estancamiento social, en el sentido de conservación de las situaciones existentes, que de cambio social.

III. EL DERECHO POSITIVO Y SUS FUENTES

Podemos entender por Derecho Positivo el sistema de normas jurídicas que informa y regula, efectivamente, la vida de un pueblo en un determinado momento histórico. Estas normas, al ser parte de un sistema, deberían ser coherentes con sí mismas e inspiradas en principios generales y comunes.

En oriente el Derecho, por ejemplo el musulmán, el hindú y el chino, está fuertemente influenciado por valores morales y religiosos, lo que contrasta con occidente donde, en términos comparativos, la influencia de las religiones es menor, dado su corte liberal y el legado de la revolución francesa.

Considerando la importancia y valor que el Sistema Jurídico le da a la costumbre se distingue entre el Legal y el Consuetudinario Jurisprudencial. En el primero la norma más importante es la ley escrita que dicta la autoridad pública.

El segundo, típico de Inglaterra y sus dominios, se caracteriza por que en él se aplica el common-law (jurisprudencia que se crea en base a la forma en que los jueces resuelven los casos que se les someten, y que se hace obligatoria para los casos similares siguientes); La equity que es la equidad, o justicia del caso concreto y particular (que corrige la extrema generalidad del common-law); y el Statute law (ley dictada por la autoridad) de menor aplicación relativa pero que en caso de conflicto se aplica con preferencia a las otras dos fuentes. Sin perjuicio de esta última afirmación, se puede decir que este segundo sistema es más dinámico y recoge en mejor forma las costumbres de la sociedad sobre la cual se aplica.

El Derecho chileno pertenece al grupo occidental y su sistema es legalista. Si entendemos por Fuente "*la forma de manifestarse de la norma jurídica*"^[112] para que sean obligatorias e ineludibles -de lo que también dependerá su jerarquía- podemos decir que en nuestro país estas son: la constitución, los tratados internacionales, la ley, los decretos con fuerza de ley, los decretos, los contratos, ciertos actos corporativos y, en algunos casos, la costumbre. Las describiré brevemente, para que luego nos concentremos en la últimas de las mencionadas, que es la que aquí nos interesa.

La Constitución Política del Estado es la norma fundamental de este, la de mayor jerarquía y donde debería manifestarse nitidamente la soberanía y los valores del pueblo que rige. Los Tratados Internacionales, que se suscriben con otros Estados o miembros de la comunidad internacional, suelen contener disposiciones que, al ser ratificados y publicados, pasan a ser obligatorias para el país y/o sus habitantes. Las leyes son normas generales y permanentes que dicta el poder legislativo y se aplican en forma igualitaria y obligatoria a todos quienes se encuentran en territorio nacional.

Los Decretos con Fuerza de Ley son normas que tratan materias propias de ley pero los dicta el ejecutivo, con autorización del poder legislativo. Los Decretos son normas de inferior jerarquía, dictadas por el poder ejecutivo, que facilitan la aplicación de las leyes. Los Contratos, que han sido celebrados conforme a la ley se hacen obligatorios para quienes los suscriben. También hay algunos actos corporativos, de grupos de personas, que generan normas obligatorias para quienes forman parte de la

[112] Pacheco, pág. 315 y siguientes.

entidad, es el caso de los estatutos de las personas jurídicas y los acuerdos de sus Asambleas o Juntas.

IV. LA COSTUMBRE

En términos generales costumbre es "el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie"^[113], que realiza una cantidad relativamente importantes de miembros de un grupo social, los que creen, firmemente, que es la forma correcta de hacer las cosas. En mi opinión es la forma primigenia y originaria de creación de normas socialmente obligatorias.

La necesidad de escribirlas y de explicitar quienes detentan el poder y la facultad de dictarlas nace después y tiene que ver con la voluntad de imponerlas en forma generalizada. Prueba de ello es lo que ha pasado en el ámbito internacional, donde la costumbre ha sido la principal y más antigua fuente de Derecho, "en virtud del carácter descentralizado de la sociedad internacional"^[114], pero tiende a perder importancia, por el aumento creciente de los tratados y normas escritas que los Estados se auto imponen en su afán de explicitar y formalizar esas normas.

El cumplimiento de la ley, que como ya vimos dicta un grupo de personas denominado poder legislativo, es inexcusable y para asegurarlo el sistema se funda en una ficción: La ley se supone conocida de todos. Nadie puede alegar que no cumplió tal o cual ley porque no la conocía^[115]. Aun en las pocas excepciones en que la norma que se debe cumplir es la no escrita, la costumbre, ésta también es obligatoria aún para quien no la conoce.

De acuerdo al Derecho Civil que nos rige la costumbre puede ser "según la ley", "fuera de la ley" o "contra la ley". la primera corresponde a una forma uniforme de aplicar e interpretar la ley, es el sentido en que los tribunales acostumbran resolver. Contra la ley es la que deja sin aplicación o infringe un precepto legal^[116].

Se considera que la costumbre es Fuera de la ley cuando complementa a la norma escrita, lo que ocurre sólo cuando la ley se remite expresamente a ella o cuando pasa a formar parte de los contratos que las personas suscriben.

En todo caso, desde la óptica del Derecho, para que la costumbre se considere tal -y no un mero uso social- y pueda ser reconocida, debe ser repetida y practicada en forma constante y uniforme por los miembros de una comunidad, los que deben estar convencidos sobre que es obligatoria porque obedece a una necesidad jurídica^[117].

Las normas básicas sobre la costumbre, en Chile, son las siguientes:

- a) "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella." (C. Civil, art. 2);
- b) "Los contratos... obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a

[113] Osorio, página. 182.

[114] Llanos, pág.. 306 y siguientes..

[115] No corresponde profundizar, aquí, sobre el principio según el cual la ignorancia de la ley no es excusa para no cumplirla pero, para dar una idea de las enconadas críticas que ha despertado, cito a un jurista español, Costa, quien propone un principio alternativo: "no son verdaderas leyes sino aquellas que el pueblo conoce... y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos". (Citado por Corral, pág.. 213).

[116] Ducci, pág.. 92.

[117] Pacheco, pág.. 317.

ella^[118] " Para efectos de interpretación de los contratos "Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen." (Código Civil, artículos 1.546 y 1.563), y

- c) "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley". Pero no es simple probar su existencia. En todo caso, siempre "servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles."^[119] (C. de Comercio, artículos. 4, 5 y 6).

En suma, el Derecho chileno deja un mínimo espacio a la aplicación de la costumbre, como norma obligatoria para un grupo de personas, y ésta sólo puede aplicarse cuando ella lo autoriza expresamente.

V. LA REGULACIÓN DE LA VIDA EN COMUNIDAD

Cuando hablo de Comunidad me refiero a aquellas entidades sociales que comparten la propiedad, o al menos la tenencia, sobre un mismo terreno y se auto identifican como una unidad social. Dentro de estas me limitaré a aquellas ubicadas en el "norte chico" del país, las que son regidas por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 1967, conocido como Ley Sobre Comunidades Agrícolas^[120]. Esta norma se origina en la ley N° 15.020, sobre reforma agraria, y actualmente hay unas 170 comunidades constituidas bajo sus preceptos. Una de sus características es la extrema pobreza en que viven sus miembros.

Lo que caracteriza al D.F.L. N° 5 es que permite regularizar en forma colectiva, y darse una organización con personalidad jurídica, a quienes han poseído en común, por largo tiempo, un predio rural. Es una norma excepcional y atípica que se dictó porque no había ninguna otra que permitiera recoger la peculiar forma de vida de los comuneros de las, entonces, provincias de Coquimbo y Atacama, que además de la tenencia común de la tierra compartían normas de convivencia, usos y costumbres bien definidos.

En gran medida esta ley es una mera "positivación" de las costumbres ya existentes, lo que es su mérito, por lo que los conflictos más graves son con personas de fuera de la comunidad o con aquellos no campesinos que adquieren derechos y pasan a ser comuneros. Cuando los jueces deben dirimir el conflicto resuelven aplicando normas y principios del Derecho Común pues no están preparados para aplicar en plenitud esta norma especial y, menos aún, las costumbres de la comunidad.

La citada norma define las comunidades agrícolas como una agrupación de propietarios, de un terreno rural común, que lo ocupan, explotan o cultivan. Los comuneros son los titulares de derechos, sobre esos terrenos comunes, que figuran en la nómina confeccionada de acuerdo a la ley^[121].

El proceso de saneamiento tiene dos etapas: una administrativa, a cargo del Ministerio de Bienes Nacionales, y una judicial, de responsabilidad del juez del lugar. "Para establecer los derechos sobre las tierras comunes... se considerará principalmente la costumbre imperante en la comunidad... pudiendo utilizar registros privados, declaraciones de comuneros y demás antecedentes, sin necesidad de atenerse a la aplicación estricta de las normas legales que regulan las transferencias y transmisiones de la propiedad territorial"^[122].

[118] Esto ocurre aún cuando lo contratantes no conozcan esa costumbre lo que denota, una vez más, la escasa fuerza relativa de la costumbre que sólo vale en los casos que la ley lo quiere.

[119] En la práctica se aplican más las costumbres del comercio internacional, los acuerdos internacionales y las normas ya positivizadas por los organismos internacionales de comercio.

[120] No me referiré a las normas sobre pueblos y tierras indígenas pues, entiendo, lo hará otro panelista.

[121] Artículo. 1 y 1 bis b).

[122] Artículo. 5.

Según la costumbre de la mayoría de las comunidades, hay tres formas principales de utilización del predio común:

- a) Lugar de uso individual (familiar) y permanente, en que se instala la casa, la huerta y el corral. Se llama Goce Singular;
- b) Porción de terreno de cultivo -no más de 8 hectáreas- de uso individual y temporal. Se le llama "lluvia", "posesión" o, en ocasiones, "propiedad", y
- c) El campo común, que corresponde al resto del predio y es utilizado por todos tanto para pastorear como para extraer leña y otros.

Esta trilogía está recogida en la ley (artículo 1 bis b)), y dispone expresamente que la distribución de los goces singulares deberá ajustarse, en lo posible, a la proporción de las cuotas o derechos, respetando las costumbres propias de la comunidad^[123].

El mayor espacio para la aplicación de los "usos y costumbres", lo establece el artículo 16, que no deja dudas respecto que "*La Junta General de Comuneros es la primera autoridad de la Comunidad Agrícola y sus acuerdos obligan a todos los comuneros.*". Pero, en la frase siguiente volvemos a la regla general ya analizada: "*..., siempre que hubieren sido tomados en la forma establecida en el respectivo Estatuto y no fueren contrarios a las leyes o reglamentos.*". De esta forma, es la asamblea de comuneros la que decide todas aquellas cuestiones que no estén ya determinadas por las leyes, considerando que la ley sobre comunidades recoge los aspectos más importantes de las normas comunitarias y que los estatutos también son aprobados por dicha asamblea, la que puede modificarlos.

Un buen ejemplo de los conflictos que se generan cuando se trata de compatibilizar las costumbre de una colectividad con el resto del sistema jurídico y económico son los problemas que se han generado por la compraventa de Goces Singulares al interior de la Comunidades Agrícolas. Creemos que las confusiones existentes en torno al tema, y los conflictos jurídicos subsecuentes, tienen al menos tres fuentes de origen:

- a) Costumbre, muy difundida entre los comuneros, de venderse entre ellos el "volante" o "mejoras" introducidas en los Goces Singulares y Lluvias. Es decir, cuando un comunero pasaba a usar una Lluvia o un Goce Singular que ocupaba otro comunero (con autorización expresa o tácita de la Junta General de Comuneros), este compra al anterior los cercos que ha instalado, el "despedrado" y "desmonte", la casa y huerto que construyó, el pozo de agua y su infraestructura, etc.. Muchos comuneros, especialmente los que efectuaron estos negocios jurídicos años atrás se refieren a ellos como la "compra" del Goce Singular o Lluvia;
- b) Falta de conocimiento de la realidad y costumbres de las Comunidades Agrícolas y, en especial, de la ley que las regula, tanto de parte de abogados y jueces como de otros operadores del sistema jurídico, y
- c) Actitud de personas externas a las Comunidades Agrícolas que intentan adquirir la mejor parte de sus tierras, al menor precio posible, sin conocer los procedimientos adecuados para negociar con la Comunidad en su conjunto, o sus legítimos representantes. También ocurre que algunas personas actúan eludiendo derechamente las costumbres y cauces adecuados, sabiendo que es muy difícil para la Comunidades sostener largos y costosos juicios posteriores y optan por convenir a uno o más comuneros para que les "venda" determinado Goce Singular^[124]

[123] Artículo 19.

[124] Hernández y Rabuco, varias páginas.

Para no extendernos en exceso sólo presentaré un caso más de esta relación poco feliz que suele darse entre Derecho Positivo y costumbre comunitaria.

Como es sabido, hasta antes de 1981 la propiedad de la tierra y del agua estaba ligada por lo que no había ningún obstáculo para que los comuneros regularan el uso y aprovechamiento del agua, que correspondía a la comunidad, de acuerdo a sus costumbres ancestrales. De hecho los conflictos los resolvía la Directiva y, eventualmente, la Junta General de Comuneros. A partir de la dictación del D.F.L. Nº 1.122, que fija el texto del Código de Aguas, estas son apropiables individualmente y aún por personas ajenas a la comunidad. Imaginen Uds. los conflictos que existen (y quien los gana) cuando, por ejemplo, los empresarios mineros o los dueños de parronales inscriben a su nombre las aguas de la comunidad, o incluso cuando es un comunero quien se apropia del agua que usan varios.

Podrán ver que el análisis de esta atípica norma da para largo, lo que no es posible ahora. Cierro este acápite mencionando otro artículo de enorme importancia para la eventual validación de la costumbre, el que analizaremos en otra oportunidad.

Se trata del artículo 22 del D.F.L. Nº 5, según el cual "*Todos los conflictos que se susciten entre los comuneros, o entre ellos y la Comunidad Agrícola, referentes al uso y goce de los terrenos y demás bienes comunes, serán sometidos a arbitraje del Directorio, que tratará de conciliar a las partes..*". Esto implica que la primera autoridad llamada a resolver los conflictos internos es el Directorio, quien intenta imponer los usos y costumbres comunitarios, y sólo si no hay acuerdo, o este no es respetado, las partes pueden acudir a los tribunales

VI. LAS COMUNIDADES ALTIPLÁNICAS

Sin perjuicio de la prevención que hice en el sentido de no querer entrar al análisis legislativo en relación a las étnias, aprovecho la ocasión de estar ante tantos expertos en cuestiones indígenas para insinuar que se debe estudiar con profundidad la posible aplicación de la ya citada ley sobre comunidades agrícolas, o de un sistema similar, para solucionar el problema de regularización de tierras^[125] que enfrentan las comunidades altiplánicas. En efecto, ellas, al igual que los comuneros del norte chico, detentan una gran extensión de terreno común pero el uso intensivo de este (normalmente según los pisos ecológicos) lo hace cada miembro de la comunidad, o su familia, en forma intensiva y permanente sobre determinados lugares. Por ejemplo, junto a algunas fuentes de agua hay casa y corrales pero muchos bofedales pertenecen al campo común de pastoreo. El tiempo no permite extenderse sobre este tema pero lo dejo planteado y recuerdo que, en todo caso, existe la condición más importante: El sentido de pertenencia a una misma comunidad.

Considerando que he citado el altiplano, no puedo dejar de mencionar el caso de las comunidades en Perú y en Bolivia, donde el espacio que deja el Derecho a la costumbre es más amplio:

- En Perú las Comunidades Campesinas Nativas, están reconocidas al máximo nivel: En la propia Constitución Política.

El Estado garantiza el derecho de propiedad comunal (y de cualquiera otra forma asociativa) sobre la tierra, reconoce la existencia y personalidad jurídica de las Comunidades y, lo que nos interesa en este simposio, se reconoce que: "*Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras... dentro del marco que la ley establece.... El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas*"^[126]. Si bien se explicita que hay un marco legal, la situación es bien distinta de la Chilena y el solo hecho del reconocimiento constitucional de su autonomía e identidad da un amplio espacio para la aplicación jurídica de los usos y costumbres comunitarios.

[125] Me refiero sólo a la propiedad de la tierra, no a cuestiones culturales o de otro tipo.

[126] Constitución Política de Perú, artículos. 88 y 89.

El Código Civil, peruano, va incluso más allá y declara a las comunidades campesinas y nativas como "de interés público"^[127].

Citaré sólo dos ejemplos que muestran esta diferencia:

1. Se considera comuneros a quienes han nacido en la comunidad, a los hijos de estos y a las personas "integradas" a la comunidad, en clara concordancia con las costumbres existentes.
 2. Cada Comunidad Campesina determina el régimen de uso de sus tierras, en forma comunal, familiar o mixta^[128].
- En Bolivia cerca de tres millones de campesinos, colonizadores e indígenas viven en comunidad (tenta, ayllu, brecha, colonia, etc.). Como Uds. bien saben, el Kollasuyo comprendía varios Ayllus en cuyo interior se encontraban las Marcas, que más o menos corresponden a lo que hoy se denomina Comunidades^[129], las que a su interior se dividían en Anasaya y Urinasaya (Quechua) o Alasaya y Masaya (Aymara).

El Estado Boliviano, a través de su Constitución Política (artículos. 165 a 176), reconoce expresamente a las comunidades y sus costumbres, con la consabida limitación de no ser contrarias a la legislación. Pero, en forma absolutamente inusual, ordena que la ley compatibilice la aplicación de la costumbre, y la autoridad de los líderes naturales, con las atribuciones de los poderes del Estado.

La norma respectiva habla por sí misma y, es tan distinta de las chilenas que, la citaré completa:

"Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.^[130]

Aún cuando el Código Civil Boliviano no contiene normas que validen expresamente a la costumbre como fuente de Derecho es esta la de mayor aplicación práctica en cada una de las diez mil comunidades^[131] que conforman el país^[132]. Además de Quechuas y Aymaras, que normalmente la legislación trata como "campesinos" existe más de una treintena de étnias llamadas genéricamente "pueblos selvícolas".. De hecho, en muchas ocasiones la autoridad de los líderes naturales es más importante que la de los funcionarios del Estado.

[127] Código Civil de Perú, artículos. 134 a 139.

[128] Ley Nº 24.656, de 1987, General de Comunidades Campesinas, artículos. 5 y 11.

[129] Urioste, págs. 23 y siguientes.

[130] Constitución Política de Bolivia, art. 171. El subrayado es nuestro.

[131] Urioste da esta cifra al sumar a las Comunidades Originarias las nuevas que se han formado. Pág.. 98.

[132] Además de Quechuas y Aymaras, que normalmente la legislación trata como "campesinos" existe más de una treintena de étnias llamadas genéricamente "pueblos selvícolas".

A continuación resumiré las normas que existen sobre comunidades campesinas:

El artículo 167 de la Constitución "*garantiza la existencia de las propiedades comunitarias, cooperativas y privadas*", debiendo entenderse que garantiza la propiedad privada, incluyendo la colectiva, que al no ser individual no deja de ser privada.

El Decreto Supremo N° 22.884 "*reconoce la personalidad jurídica de las comunidades campesinas*" y las "autoriza" a celebrar contratos de aprovechamiento forestal, en sus terrenos, siempre que cumplan con la legislación vigente (artículos. 28 y siguientes.)

La ley de Reforma Agraria las define como "organizaciones campesinas" pero no dispone un mecanismo para determinar quienes son los miembros de esa comunidad, cuales son sus deslindes ni como inscribirla en el registro de derechos reales. Dispone a su respecto pero no precisa de que se trata, quienes la componen ni como se administra y quien las representa.

Esta ley, que data de 1953, contiene definiciones de comunidad que son más bien sociológicas, pero se les da efectos y vida jurídica (art. 123):

- a) Comunidad de Hacienda: La compuesta por 50 o más familias campesinas que tuvieron una misma dependencia patronal, considerándose entre ellas parte del mismo grupo;
- b) Comunidad Campesina Agrupada: la compuesta por más de 50 familias de pobladores de varias fincas que se asocian voluntariamente para obtener personalidad jurídica.
- c) Comunidad Indígena: Grupo de familias campesinas propietarias de una misma tierra, con instituciones propias que la rigen internamente.

La Comunidad Campesina tiene sólo las atribuciones que la ley le da en su art. 124, que consisten en velar por los intereses comunes y el bienestar de la población.

Según la ley las tierras se explotan por todos los miembros de la comunidad y sus personeros las dirigen, dividiéndose los ingresos como la norma señala (art. 136 y 137). En la realidad cada comunitario explota, en forma individual, pequeñas porciones del terreno común y al interior de estas da lotes, aún más pequeños a los miembros de su clan familiar. Este es otro aspecto en que la ley carece de eficacia.

Para los valles abiertos de Arani, Punata, Sacaba, Caraza y las Provincias Cercado, Quillacollo, Jordán y Esteban Arce, del Departamento de Cochabamba, la situación es especial pues las asignaciones colectivas deben, obligatoriamente, cultivarse en común, bajo pena de perder su derecho y son inalienables (D. S. N° 3.960, de 17 de febrero de 1955, transformado en Ley el 29 de octubre de 1956), lo que tampoco se cumple^[133].

VII. DERECHO Y ANTROPOLOGÍA

Considerando que, en sentido amplio, antropología es la disciplina que trata del hombre física y moralmente considerado, es evidente que sus nexos con el Derecho han sido múltiples. Debemos volver al tema de los valores, que comentamos al principio.

Sólo a modo de ejemplo podemos recordar que la antropología (considerada desde el punto de vista somático) constituyó la base de los estudios de Lombroso y dio fundamentos a uno de los aspectos más relevantes de la que en Derecho Penal se denomina Escuela Positiva. Esta corriente de pensamiento afirma que los delincuentes no son seres normales sino enfermos mentales -o casi-, con

[133] Hernández, anexo N° 6, pág. 35.

características antropológicas bien definidas: talla anormal, braquicefalia, asimetría facial, orejas en asa, zurdería o ambidextría, infantilismo, etc.. También plantea que el delito es un fenómeno natural producido por el medio social en que se desarrolla el hombre. En consecuencia, al ser el delito un hecho predeterminado, y no una consecuencia de la voluntad, la pena ya no es un castigo sino una herramienta de defensa social que ha de aplicarse con prescindencia de la capacidad de discernimiento del delincuente.^[134]

Traigo a colación este ejemplo pues permite apreciar con claridad las enormes consecuencias que puede tener para el Derecho el aporte que haga, o deje de hacer, la antropología. Si los antropólogos y antropólogas confirmaran las tesis de Lombroso viviríamos en una sociedad que estigmatizaría y perseguiría a todos quienes tuvieran determinadas características físicas.

Luego, ¿puede la antropología contribuir a determinar con mayor precisión cuales son las cuestiones, y valores, de mayor consenso social en determinado momento?. ¿Podría ayudar a que las leyes expresen mejor esos valores y consensos?.

¿ Es posible para la antropología dimensionar que implica para determinados grupos sociales, minoritarios, la dictación de normas que expresan consensos de las mayorías?. ¿Puede ayudar a precisar si estas mayorías y minorías realmente son tales?.

Otra cuestión que interesa es saber que pasa con aquellos grupos que no comparten los supuestos principios generales y comunes y, más bien, tienden a darse normas que de una u otra forma no son coherentes con el sistema que conforma el Derecho Positivo. Acaso, ¿ es que, simplemente, el sector dominante de la sociedad debe imponer "la ley"? o es que cada grupo social ha de guiarse por sus propios preceptos?. La simple afirmación o negación nos llevan a una respuesta de dominación o de caos. Entonces, ¿puede la antropología coadyuvar a encontrar respuestas que permitan respetar las normas que se auto dan quienes conforman ciertos grupos sociales sin que ello implique que el andamiaje jurídico deje de ser general y coherente?.

VIII. CONCLUSIONES

El sistema jurídico chileno es tan positivista y reglamentario que casi no deja espacio a la costumbre como fuente de regulación de la vida en sociedad. Ella no es fuente de derecho "per se" y sólo se aplica, en teoría, cuando la ley lo autoriza. Pero no se piense que esta es una situación excepcional y difícil de encontrar en el mundo actual.

Parece ser que esta especie de desprecio por la costumbre viene ya del Derecho Romano (en el que se origina el que nos rige), de hecho, se afirma que hay un momento en que este se "vulgariza" y "*Una nota predominante del período postclásico será el hecho de que se escinda la armonía que animaba la tradición culta y la práctica jurídica de manera que habrá de aflorar al primer plano, como fuente de derecho, aquel conjunto de hechos más o menos reiterados y espontáneos que se conocen bajo el nombre de consuetudo..., que paulatinamente se va imponiendo dentro de la practica judicial, la Cancillería Imperial intenta en ocasiones imponer una resistencia más de estilo arcaizante que creativo...*"^[135].

Bajo el sistema jurídico estatista que regía la Unión Soviética la codificación era privilegiada por, sobre la aplicación de los usos y costumbres, y solos se aplicaba supletoriamente, a falta de normas específicas. "*En la U.R.S.S. la única fuente formal de Derecho es la ley, siendo la costumbre un pobre sustituto.*"^[136]

[134] Osorio, pág.. 58 y otras.

[135] Samper, pág.. 36..

[136] Dahl, pág.. 36.

En general, en el Derecho anglosajón la costumbre tiene gran importancia, cuando se acredita que es continuada, razonable e inmemorial ^[137] pero no es tan sencillo demostrar que una costumbre es inmemorial y respecto de la mayoría de los acontecimientos de la vida moderna simplemente es imposible.

La posición del Derecho Canónico (conjunto de normas jurídicas, divinas y humanas, por las que está constituida y se rige la iglesia católica) tampoco es muy receptiva de la costumbre: *"El pueblo, que es capaz de inducir costumbre jurídica no se considera legislador en la iglesia, porque su organización no es democrática sino jerárquica, y en todo caso, en el derecho canónico el consentimiento legal es indispensable para el valor de la costumbre"*. ^[138]

Concluyo afirmando que la antropología debiera ser capaz de aportar en el momento de preparación y formulación de las leyes, en la evaluación de su impacto y en la proposición de las correcciones que corresponda. Por otra parte, los abogados deberían, así como quienes los forman, abrir su mente a la contribución de esta disciplina, como ya lo han hecho con respecto de la economía. Tal vez ello ayude a que el Derecho deje de ser un mero regulador de la vida en sociedad y se transforme en una efectiva herramienta que contribuya al desarrollo y al cambio social.

TEXTOS TENIDOS A LA VISTA

- Código Civil, República de Bolivia, Editorial Puerta del Sol, La Paz, 1990.
- Código Civil, República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
- Código Civil, República de Perú, Editorial Berrio, Lima, 1995.
- Constitución Política del Estado de Bolivia y sus Reformas, Editorial Presencia, La Paz, 1994.
- Constitución Política del Perú, Editorial Toribio Anyarín, Lima, 1995.
- Curso de Derecho Civil, Arturo Alessandri R. y otros, Editorial Nacimiento, Santiago, 1971.
- Derecho Civil, Parte General, Carlos Ducci C., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
- De la Ignorancia de la Ley, Hernán Corral T., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
- Derecho Privado Soviético, Enrique Dahl, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.
- Derecho Romano, Francisco Samper, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1975.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Osorio, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1992.
- Facultad de Disposición de los Goces Singulares en las Comunidades Agrícolas, Romualdo Hernández A. y Antonio Rabuco R., Editado por JUNDEP, La Serena, 1995.
- Fortalecer las Comunidades, Miguel Urioste M., Editores AIPE PROCOM TIERRA, La Paz, 1992.

[137] Pacheco, pág. 318.

[138] Hamilton, pág. 75 y 78.

- Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Hugo Llanos M., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
- Legislación Agraria. Apoyo a la Formulación de la Política Agraria, Romualdo Hernández A., FAO, La Paz, 1994.
- Legislación de Comunidades Campesinas. Normas Reglamentarias y Conexas, José Suárez T., Ediciones M.A.S., Lima, 1995.
- Legislación de Derecho Agrario Peruano, V. Berrio B., Ediciones Berrio, Lima, 1995.
- Ley de Comunidades Agrícolas, Texto Refundido del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 1967, Corporación JUNDEP/Federación Nacional de Comunidades Agrícolas, La Serena, 1994.
- Manual de Derecho Canónico, Carlos Hamilton D., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949.