

Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo: el caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria

Antonio Andaluz Westreicher
Horacio Andaluz Vegacenteno

1. Introducción

El presente artículo ha sido elaborado como material para el debate en claustro, sobre todo en las cátedras de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Civil (reales) y —para el caso de las facultades que las ofrecieran— Teoría General del Derecho y Teoría General del Estado. En cuanto a remover mohos y herrumbres siempre prestos a aprovecharse del menor descuido en la gimnasia del conocimiento, nada como el análisis crítico de un instrumento legal de polémica actualidad, para sacar a orear los primeros fundamentos del derecho, excitar en las mentes las pulsaciones del pensamiento jurídico y afinar destrezas en torno a los principios medulares, los métodos de interpretación (como herramientas de integración del orden jurídico) y las cuestiones atinentes a la técnica jurídica (elaboración y aplicación del derecho). El cuerpo que se expone a la disección en paraninfo es, en esta oportunidad, la Ley 3545, de 26 de noviembre del 2006 (Ley de Reconducción de la Reforma Agraria), que, al ofrecer flancos particularmente conflictivos en el marco del sistema general, incita a la compulsa con los rudimentos esenciales del mundo jurídico.

Parte de dicha compulsa consiste en explorar la plástica de la potestad reglamentaria, llevándola hasta su situación-límite.

2. Planteamientos generales

2.1 Derecho y sociedad

ASERTO. Una cosa es ajustar piezas a la maquinaria, y otra intentar el montaje de una máquina paralela a la maquinaria; lo último constituiría una práctica típicamente inorgánica, siendo que la realidad del derecho y la realidad del Estado reclaman, constitutivamente, para ser tales, de organicidad. Organizar el Estado y el derecho ha sido —y sigue siendo— la ardua tarea desarrollada en un lento y largo proceso civilizatorio. El desarrollo de los pueblos es un tren que sólo puede transitar por los rieles de un Estado y un derecho elementalmente orgánicos. Por ello, las leyes, los reglamentos y los fallos inorgánicos son, en cuanto conspiran contra esa consigna histórica de construir civilización, actos incivilizados. Y si todo acto incivilizado tiene un carácter retrógrado en la medida en que propende a instalar la precariedad en las relaciones sociales, ninguno tiene efecto más pernicioso para el Estado de Derecho que el acto incivilizado ejecutado desde el Estado y a título de derecho, porque ninguno tiene tanto poder disolvente de la civilización como el acto incivilizado que incursiona en la sociedad a caballo del sello oficial.

2.2 Derecho y poder

ASERTO. Con cuánto éxito la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria ha logrado, efectivamente, articularse a la lógica general del sistema jurídico nacional, es un asunto llamado a elucidarse en el análisis. El hecho, a propósito de las citas de epígrafe, es que dicha ley evidencia, en principio, un esfuerzo de sus autores por juridizar el ejercicio del poder en la medida en que optaron por efectuar determinados reajustes a la legislación vigente, en vez de caer en la tentación de producir un cuerpo legal con lógica propia. Y si ya esto dice de su conciencia sobre la necesidad de transformar la fuerza de los votos en la fuerza del derecho, y la obediencia al poder en deber jurídico, también dice de su conciencia respecto a que mientras el ejercicio del poder no se transmute en juridicidad, los solos votos son todavía solo bayonetas, y sumar al apoyo de los votos el apoyo de los movimien-

tos sociales es, todavía, solo sumar bayonetas a las bayonetas. La conciencia jurídica no puede menos que saludar este designio de dar a las decisiones políticas el único curso que históricamente ha conducido a la solidez y durabilidad de los cambios, a saber: procurar su inserción consistente en el sistema jurídico general. En qué grado tal cometido ha logrado plasmarse en esta ley, es cosa aparte, y para eso está el análisis. El punto es que el gesto está dado y que el gesto se saluda y se celebra cuando es pavimentarle el camino a la promesa que encierra. Y, en este caso, al evidenciar la vocación de juridizar el ejercicio del poder, lo que el gesto promete viene sobre la ruta del destino nacional como un fogonazo de luz, habida cuenta de que si algo es menester disipar tempranamente y con toda urgencia en un proceso de cambios, es cualquier sombra que sugiera la probabilidad de que acabe sumiéndose en la negra noche de los actos arbitrarios.

2.3 Los derechos y el sistema de fuentes

ASERTO. "Tiene buena ingeniería jurídica", "tiene poca ingeniería jurídica" o "le falta ingeniería jurídica" deberían ser juicios corrientes en la crítica de un cuerpo normativo. Y es que el derecho es organismo (Del Vecchio); y si organismo es el funcionamiento coordinado y contributivo de aparatos, aparato es el funcionamiento coordinado y con-

¹ "Queda excluida *a priori* la posibilidad de aplicar un principio general en contradicción con un principio particular. Este requisito se funda esencialmente en la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura —no ambigua y menos aún contradictoria— para toda posible relación de convivencia. La congruencia intrínseca de las diversas partes que componen el sistema debe resultar demostrada y confirmada en cada momento, confrontando las normas particulares entre sí, y también con los principios generales que con ellas se relacionan; solo de este modo podrá el jurista adueñarse del espíritu interno del sistema y proceder de acuerdo con él en las aplicaciones particulares, evitando los errores a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de esta o aquella norma" (DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 1.ª ed. Lima: Ara, 2006, p. 53).

tributivo de órganos. Cuando se crea o se modifica una ley, se está trabajando con un órgano; y, para ser buena ingeniería, el trabajo debe considerar al órgano en función del aparato y del organismo. Y ello implica tener presente la estructura del sistema en el que la norma proyectada deberá encajar, así como las reglas de relacionamiento entre las fuentes vigentes en dicho sistema. Un riñón mal trabajado hará que sangre envenenada empiece a circular por todo el organismo, y que el organismo entero termine resintiendo las inoperancias del órgano. Por eso, la regla de oro de la ingeniería jurídica es el criterio de organicidad, consistente en determinar cómo debe ensamblar cada órgano en el aparato, en función del ensamblaje que deben guardar los aparatos para seguir constituyendo organismo. Ese es el imperativo de coherencia que el sistema dirige al legislador y el imperativo de integración que dirige al juez, y que se cumplen cuando legisladores y jueces hacen lo suyo sin provocar antinomias en el sistema. La radiografía del organismo nos dirá de la economía jurídica de un país: una maquinaria donde cualquier pieza metida a la mala generará ruidos de desvencijo. De manera que la responsabilidad del que trabaja la pieza no es poca, desde que una mala ingeniería hará que la pieza acabe siendo molida por la maquinaria, como en la inaplicación o la expulsión de una norma por inconstitucionalidad; o que sea la maquinaria entera la que termine estropeándose, como cuando —en franco rumbo a la barbarie— son las leyes sueltas las que terminan imperando y, a guisa del organismo gangrenado por los órganos en podredumbre, el sistema jurídico se va convirtiendo en una realidad puramente nominal. La ley que se crea o se modifica es la pieza bien o mal forjada y bien o mal ensamblada. Como se verá más adelante, la ley bajo análisis presenta aristas destinadas ostensiblemente a no encajar en determinados engranajes de la maquinaria, y que, en la medida de su carácter de derechos y garantías fundamentales o principios fundamentales, en la economía jurídica actúan como piezas de mando. Según esa misma economía, la fase final del control de calidad está a cargo de un jefe de maestranza que desecha de los almacenes los componentes que no juegan con las piezas de mando porque estorban el buen funcionamiento de la maquinaria y son vectores de daño en aparatos y sistemas. ¿Hasta qué punto es posible rectificar esas aristas vía el torno y las soldaduras de la potestad reglamentaria a fin de evitar que el Tribunal Constitucional termine expulsando del sistema jurídico las piezas que están en abierto conflicto con los engranajes de mando de la Constitución? ¿Hasta qué punto esa econo-

mía jurídica permite al Poder Ejecutivo ser el tornero y el soldador, y cuándo hace imperativo que la pieza sea devuelta al fabricante porque el único remedio es que la vuelva a fabricar conforme a las prescripciones del catálogo? El principio de reserva de ley, por ejemplo, es una de esas prescripciones.

2.4 La coherencia del sistema y el Estado de Derecho

ASERTO. Si la finalidad esencial del Estado de Derecho es cerrarle el paso a la posibilidad del acto arbitrario; si es arbitrario todo acto sin base legal; y si sólo es base legal la que se encuentra sustentada en la Constitución, entonces, en efecto, el criterio de organicidad —a saber: la correspondencia interna que deben guardar las normas en el marco jerarquizado del sistema jurídico general de un país— es elemental para la crítica de juridicidad de un cuerpo normativo. El criterio de organicidad debe ser, por tanto, un hilo conductor en la crítica de juridicidad de todo instrumento legal. A su turno, del hecho de que, en el marco de ese criterio general, una clara racionalidad jurídica fluya de su texto, depende en gran medida la fortaleza de una ley, toda vez que abona su legitimidad y, al exponer su lógica normativa y los fines perseguidos, elimina de antemano conflictos de interpretación y favorece su aplicación y cumplimiento. Finalmente, en la tarea de reducir al máximo posible la probabilidad del acto arbitrario, la mejor herramienta siempre consistirá en establecer, tanto como sea posible, referentes objetivos de dirimencia administrativa y jurisdiccional.

2.5 Ejercicio de la potestad reglamentaria

ASERTO. En el marco de los parámetros fundamentales para la crítica de juridicidad de un cuerpo legal, el presente análisis es efectuado de cara a producir contribuciones para un desarrollo reglamentario atento a los imperativos constitucionales. En este sentido, lo atrevido del ejercicio consiste en asumir que es perfectamente jurídico que la potestad reglamentaria haga una lectura de la ley a la luz de la Constitución y que, por tanto, no es inconstitucional reglamentar constitucionalmente los aspectos inconstitucionales de una ley. Esto, claro está, siempre que se quisiera utilizar dicho mecanismo para acudir en rescate de los artículos de una ley, que se estimara a ojos vista que podrían ser expulsados del sistema jurídico por razón de inconstitucionalidad. En raciocinio jurídico, al argumento de que la herramienta del Poder Ejecutivo es la

potestad de observar o vetar la ley en sus aspectos inconstitucionales (artículos 76-78 de la Constitución), se le puede contestar que, si siempre será posible que solo al reglamentar la ley el Poder Ejecutivo se percate de determinadas inconstitucionalidades, nunca será tarde para ponerse a derecho con la Constitución mediante una lectura de la ley que ponga a derecho sus inconstitucionalidades. Al argumento de que la atribución del presidente de la República está limitada a ejecutar y hacer cumplir la ley sin contrariar sus disposiciones (artículo 96.1.ª de la Constitución), la respuesta es que no se contrarían las disposiciones de la ley cuando, para no caer en la inconstitucionalidad de secundar sus inconstitucionalidades, al reglamentarla se hace la única lectura constitucionalmente posible de la ley; a saber: la que no contrarie las disposiciones de la Constitución. Al argumento de que la herramienta del Poder Ejecutivo es demandar ante el Tribunal Constitucional la expulsión de los artículos inconstitucionales (artículo 120.1.ª de la Constitución), la respuesta es que así como —por un principio de consistencia con el devenir histórico de los acontecimientos— la consulta previa sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley (artículo 120.8.ª de la Constitución) y el veto presidencial son prerrogativas que no excluyen el uso de la demanda de inconstitucionalidad, el que dicha demanda sea una herramienta prevista por el orden jurídico tampoco excluye que, en razón de la marcha del Estado, el Poder Ejecutivo reglamente una ley bajo una lectura constitucional de sus preceptos, pues con ello abona al principio de conservación de las normas y de presunción de constitucionalidad, que obedecen por entero a la razón de Estado. Llegados hasta aquí en el ejercicio, habría, empero, un claro límite constitucional a la plástica de la potestad reglamentaria para hacer una lectura constitucional de los artículos inconstitucionales de una ley: el principio de reserva de ley, es decir: cuando constitucionalmente sólo por ley se puede establecer algo. Ejemplo: las limitaciones legales al derecho de propiedad, desde que deben ser legales, tienen que, por definición, originarse en una ley. Asumido que el pensamiento jurídico lee los eufemismos de la hipocresía legal, no según sus vestiduras semánticas, sino según la naturaleza real de sus contenidos normativos, pregunta: rescatada la reversión establecida por la ley como sinonimia de confiscación encubierta, y reconducida reglamentariamente a la institución jurídica del abandono, ¿da la plástica de la potestad reglamentaria para establecer los plazos y las situaciones de inactividad o dejación a fin de poder atribuir legalmente a un predio el estado de abandono?

2.6 Normas jurídicas e interpretación

ASERTO. Un fenómeno que ocurre con demasiada frecuencia en los operadores jurídicos es la lectura gramatical de un cuerpo normativo, que se agota en el puro acto de leer lo que literalmente narra su texto escrito, con lo que su papel queda reducido al de simples lectores de una suerte de narrativa forense. Desde luego, tal no es una lectura profesional de las disposiciones jurídicas, porque así se lee sólo lo escrito y como está escrito, y no lo que debe o puede leerse como sentido normativo. Y es que, en una relación de continentes a contenidos, una cosa son los instrumentos jurídicos y otra las normas jurídicas. Son instrumentos jurídicos, en el derecho interno, la Constitución, las leyes, los decretos, las sentencias, los contratos, etc.; y, en el derecho internacional, los tratados, las convenciones, los estatutos constitutivos, las resoluciones de órganos asamblearios o colegiados, los laudos y sentencias, etc. Una norma jurídica es un esquema interpretativo en el que la verificación de una hipótesis de hecho autoriza al órgano competente a aplicar la respectiva consecuencia de derecho. Así, un contrato es un instrumento que contiene tantas normas jurídicas cuantas el intérprete sea capaz de encontrar en sus cláusulas mediante las respectivas conexiones con el sistema jurídico. Aplíquese lo propio a la lectura de cualquier instrumento normativo. Esto lleva a que si la producción de derecho implica manejar conceptos normativos e imbricarlos pacíficamente en la estructura del sistema de fuentes, la única forma propia de leer el derecho es interpretándolo. Así, hasta la interpretación gramatical es ya una lectura jurídica, porque es interpretación gramatical y no lectura gramatical. Es por ello que la aplicación del derecho importa producir derecho y que cada juez tenga algo de legislador en la medida en que la norma jurídica es un marco abierto a la interpretación (Kelsen)³. Es con este lente que debe hacerse la lectura del cuerpo normativo bajo análisis.

³ "En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de

3. Crítica de juridicidad de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria

Para efectos del ejercicio, solo son considerados los artículos de mayor implicancia en términos de organicidad, racionalidad jurídica y referentes objetivos de dirimencia administrativa y jurisdiccional. La enumeración corresponde a la Ley 1715, de 18 de octubre de 1996 (Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria, en adelante Ley INRA), que incluye las modificaciones efectuadas por la Ley 3545, de 26 de noviembre del 2006 (Ley de Reconducción de la Reforma Agraria).

3.1 Función económico-social

Artículo 2. Función económico-social.

- I. El solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunitaria y las tierras comunitarias de origen cumplen una función social cuando están destinadas a lograr el bienestar familiar o el desarrollo económico de sus propietarios, pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias, de acuerdo a la capacidad de uso mayor de la tierra.
- II. La función económico-social en materia agraria, establecida por el artículo 169 de la Constitución Política del Estado, es el empleo sostenible de la tierra en el desarrollo de actividades agropecuarias, forestales y otras de carácter productivo, así como en las de conservación y protección de la biodiversidad, la investigación y el ecoturismo, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, el interés colectivo y el de su propietario.
- III. La función económico-social comprende, de manera integral, áreas efectivamente aprovechadas, de descanso, servidumbres ecológicas legales y de proyección de crecimiento; el saneamiento no ex-

la norma puede tener (...). La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles" (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. 11.ª ed. Buenos Aires: Universitaria, 1973, p. 166).

cederá la superficie consignada en el Título Ejecutorial o en el trámite agrario, salvo la existencia de posesión legal.

- IV. La función social o la función económico-social, necesariamente será verificada en campo, siendo éste el principal medio de comprobación. Los interesados y la administración, complementariamente, podrán presentar medios de prueba legalmente admitidos. La verificación y las pruebas serán consideradas y valoradas en la fase correspondiente del proceso.
- V. El área de proyección de crecimiento de la mediana propiedad es del 50% y de la empresa agropecuaria del 30%. Para la empresa agrícola será calculada desde un 30% hasta un 50% según parámetro establecido en reglamento, siempre y cuando no exceda la superficie mensurada en saneamiento o la consolidada como emergencia del mismo. Para el cálculo del área de proyección de crecimiento, se tomará en cuenta el área efectiva y actualmente aprovechada, además del área en descanso en propiedades agrícolas.
- VI. Las áreas de descanso son aquellas de rotación que tuvieron trabajos, mejoras e inversiones productivas claramente identificables. Se las reconocerá solo en propiedades agrícolas.
- VII. En predios con actividad ganadera, además de la carga animal, se tomará en cuenta, como área efectivamente aprovechada, las áreas silvopastoriles y las áreas con pasto cultivado.
- VIII. En las actividades forestales, de conservación y protección de la biodiversidad, la investigación y el ecoturismo, se verificará el otorgamiento regular de las autorizaciones pertinentes, su cumplimiento actual y efectivo, de acuerdo a normas especiales aplicables.
- IX. Las servidumbres ecológicas legales son limitaciones a los derechos de uso y aprovechamiento establecidos sobre las propiedades agrarias de acuerdo a las normas legales y reglamentarias específicas. Para la regularización y conservación del derecho propietario serán tomadas en cuenta y reconocidas, sin constituir cumplimiento de función económico social. Constituirán función económico-social solo cuando se desarrollen sobre las mismas actividades bajo manejo, regularmente autorizadas.
- X. La superficie efectivamente aprovechada en áreas agrícolas es la que se encuentra en producción; en propiedades ganaderas es la superficie que corresponda a la cantidad de ganado existente.

XI. Los desmontes ilegales son contrarios al uso sostenible de la tierra y no constituyen cumplimiento de la función social ni de la función económico-social.

Comentarios

- Ante todo, debe tenerse en cuenta que la Ley INRA —que se modifica y adiciona por la Ley de Recondición de la Reforma Agraria— es una ley de desarrollo del Régimen Agrario y Campesino establecido por la Constitución (artículos 165-176)¹, en concordancia

¹ El Régimen Agrario y Campesino conserva esencialmente la fisonomía con que fue introducido en la Constitución por las reformas de 1961. Ya desde 1938, una sección titulada “Del campesinado”, y no alterada por las reformas de 1945 y 1947, formaba parte del texto constitucional, conformada tan solo por tres artículos: uno dedicado a las comunidades indígenas, a las que “reconocía y garantizaba su existencia” (artículo 165); otro a la legislación indígena y agraria, que debía tener en cuenta las “características de las diferentes regiones del país” (artículo 166), y el último a la educación del campesino, que debía ser fomentada por el Estado (artículo 167). El giro hacia el texto actual ocurrió en 1961, cuando el tercer gobierno de la Revolución Nacional institucionalizó constitucionalmente los cambios producidos en el país a partir de su triunfo en abril de 1952. De ahí que el contenido del Decreto Ley de Reforma Agraria pasase a la Constitución (véanse los comentarios a las reformas de 1961 de ASBÚN, Jorge, para el libro de TRIGO, Ciro Félix. *Las Constituciones de Bolivia*. 2.ª ed. La Paz: Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003, pp. 124-131). Es así como en el texto de 1961 se establece que corresponde al Estado la “distribución, redistribución y reagrupamiento de la propiedad agraria conforme a las necesidades económico sociales de los pueblos” (artículo 163); se declara el trabajo como la “fuente básica de derecho en los modos de adquirir y conservar la propiedad agraria” y el “derecho a la dotación de tierras a favor de todos los campesinos” (artículo 164); se proscribía el latifundio (artículo 165); se otorga el carácter de patrimonio familiar inembargable al solar campesino y la pequeña propiedad, y se garantiza la mediana propiedad y la empresa agropecuaria “en tanto cumpla una función económica y social” (artículo 166); el Estado asume el papel de planificador del “desarrollo económico y social de las comunidades campesinas y cooperativas agropecuarias” (artículo 168) y de fomentador de migra-

cia con las demás normas constitucionales pertinentes. En consecuencia, la Constitución es la plantilla inmovible que, tanto como determina la capacidad de desplazamiento de la tarea legislativa, la determina para la potestad reglamentaria y la labor de interpretación y crítica.

- En cuanto a la función social (FS) y la llamada función económico-social (FES), de inicio debe tenerse presente que la última no es más que una modalidad en que la primera se da por cumplida. Lo único que pretendió el concepto de FES —desde sus orígenes en el derecho rural o agrario— fue poner un énfasis en que, a diferencia de la propiedad urbana, la FS en la agraria incluía el uso productivo que debía darse a la tierra. En otros términos, el concepto de FS es de carácter universal⁴, constituye la base teórica para la imposición de las respec-

ciones, “para lograr una racional distribución del factor humano y obtener una mejor explotación de los recursos naturales del país” (artículo 170); y se crea el Servicio Nacional de Reforma Agraria, cuyas resoluciones definitivas “causan estado y no admiten recurso ulterior alguno y constituyen justo título de propiedad” (artículo 172). Las reformas de 1967 terminaron de dar forma al actual artículo 169: esta vez la mediana propiedad y la empresa agropecuaria gozarían de la protección del Estado en tanto cumplieran una “función económico-social” (nótese que se eliminó el copulativo “y”) conforme “a los planes de desarrollo”. También fueron añadidos los artículos 173 (créditos de fomento a los campesinos) y 176 (jurisdicción agraria). Las reformas de 1994 se centraron en el artículo 171, que reconoce los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, “especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen” (parágrafo I); reconoce la “personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos” (parágrafo II), y reconoce el derecho de las comunidades indígenas y campesinas de aplicar sus normas consuetudinarias para la solución alternativa de conflictos (parágrafo III) (sobre los alcances del artículo 171.III, véase la STC 1008/2004 R, G.C. N.º 61, tomo I, julio 2004). Así se llega a las reformas del 2004, que no alcanzaron al Régimen Agrario y Campesino.

- ⁴ Aplicado, además, en una vasta acepción que comienza por alcanzar al propio Estado. Así, “La teoría del Estado, empero, puede y, es más, debe indagar el sentido del Estado cuya expresión es su función social, su acción social efecti-

tivas limitaciones legales a las distintas formas de propiedad y, en el caso de la propiedad agraria, cubre —según la legislación boliviana— tanto la modalidad en que deben cumplirla el solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunaria y las tierras comunitarias de origen, como la modalidad en que deben cumplirla la mediana propiedad y la empresa agropecuaria (FES). La FES es, pues, una especie del género FS. En la más sólida tradición jurídica universal (doctrina y derecho comparado), siempre ha sido conocida simplemente como FS.⁵ El mismo Código Civil hace lo propio en los artículos 106

va" (HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. 7.ª reimp. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 218).

- ⁵ El concepto de función social (FS), elemento estructural de la definición del derecho de propiedad, es una elaboración teórica que vino a eliminar explícitamente el supuesto derecho de abuso (*ius abutendi*) que tenía el propietario, pues era no poco común sostener que la propiedad constituía un derecho absoluto, aunque tampoco en tiempos pasados eso era verdad. De hecho, el Código Civil de 1831 no permitía al propietario hacer "un uso prohibido por las leyes o reglamentos" (artículo 289), fórmula tomada del artículo 544 del Código francés de 1804 ("La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta con tal que no se haga de él un uso prohibido por las leyes y reglamentos") y donde la racionalidad de la prohibición viene desde la misma cuna romana, pues ya Cicerón advertía que "importa a la república que nadie haga mal uso de sus riquezas" (*expedit reipublicae ne quis re sua male utatur*), y Del Vecchio, respecto del artículo 436 del Código italiano de 1865, que contenía una disposición de sentido similar a las transcritas, elaboró, aunque es cierto que con particular atención en las relaciones de vecindad, lo siguiente: "Pero ello no significa que el derecho de propiedad no sea susceptible de limitaciones; estas le son impuestas por la *ratio iuris*, ya que precisamente toda aplicación de la libertad debe ser puesta en relación con el principio de la coexistencia de las libertades" (DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*, 1.ª ed. Lima: Ara, 2006, p. 91). La doctrina social de la Iglesia católica tomó partido por la FS, refiriéndose a ella en varias encíclicas (*Rerum Novarum*, León XIII, 15 de mayo de 1891; *Quadragesimo Anno*, Pío XI, 15 de mayo de 1931; *Mater et Magistra*, Juan XXIII, 15 de mayo de 1961; *Pacem in Terris*, Juan XXIII, 11 de abril de 1963; *Populorum Progressio*, Pablo VI, 26 de marzo de 1967). En el derecho comparado de nuestros tiempos, se da por hecho que la propiedad debe cumplir una FS, existiendo legislaciones que han

optado por seguir a Duguit —“todo individuo tiene en la sociedad la obligación de cumplir una función determinada”— al concebir la propiedad como una función, más que como un derecho (así por ejemplo, la Constitución de Honduras, artículo 103: “El Estado reconoce, fomenta y garantiza la existencia de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad o de interés público establezca la ley”; y la Constitución de Colombia, artículo 58: “... La propiedad es una función social que implica obligaciones”). Más allá de una cuestión de grados de énfasis, en realidad no hay una distinción jurídica entre la concepción de Duguit y la generalmente aceptada, pues en ambos casos el derecho comparado sustenta en la FS las diversas limitaciones legales a la propiedad; y en lo referente a la limitación extrema que es la expropiación, en ambos casos se establece la calificación por ley de la causa de incumplimiento de la FS que la origina, y la necesidad imperativa de que sea con una justa indemnización. En efecto, para el caso de la concepción de la propiedad como una función, así está previsto, por ejemplo, en las constituciones de Honduras y de Colombia (artículos citados), y para el caso de su concepción como un derecho, lo propio hacen, entre otras, las siguientes constituciones: de Alemania (artículo 14), de Chile (artículo 19), de Ecuador (artículo 30), de España (artículo 33), de Italia (artículos 42 y 44), de Nicaragua (artículo 44), de Panamá (artículo 45) y de Paraguay (artículo 109). No es la Constitución boliviana la única que incluye en su texto una modalidad específica de cumplimiento de la FS. La Constitución de Paraguay “garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social” (artículo 109), y la Constitución de Colombia sostiene que a la propiedad “le es inherente una función ecológica” (artículo 58). Pero tanto la función ecológica como la función económica y social son especies del género FS. Al igual que en el caso de la Constitución boliviana, las constituciones de Colombia y de Paraguay sancionan globalmente con la expropiación el incumplimiento de la FS, sin hacer mención a sus especies, sencillamente porque ello sería del todo ocioso, desde que al sancionar al género quedan sancionadas sus especies. Por lo demás, la doctrina fundadora de la FS es clara respecto a todo lo que debe entenderse por FS. Así por ejemplo, los escritos de Duguit (“En cuanto a la propiedad, no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y ella debe ser la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades, y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario,

("La propiedad debe cumplir una función social") y 108 ("La expropiación solo procede con pago de una justa y previa indemnización, en los casos siguientes: 1. Por causa de utilidad pública; 2. Cuando la propiedad no cumple una función social"). Y por eso el artículo 5 de la Ley 1700, de 12 de julio de 1996 (Ley Forestal), trabaja con el solo concepto de FS, haciéndolo extensivo, más allá de la propiedad, a los derechos de uso y aprovechamiento, con lo que también las concesiones y autorizaciones deben cumplir la FS calificada por la ley⁶. Asi-

es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra, o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino". Edición de BELTRÁN, Francisco. *Las transformaciones generales del derecho privado*. Madrid, pp. 25-26) y de Ihering ("Supongamos que hubiese grandes extensiones de tierra arable yaciendo sin cultivar, y que la mala hierba creciese donde el maíz podría crecer, o que extensiones completas de tierra dejaran de ser sembradas y fueren relegadas a la caza. ¿Debería la sociedad ver esto tranquila? En los últimos tiempos del Imperio romano, frecuentemente ocurrió que, a causa de la enorme carga del impuesto a la tierra, los propietarios permitían que sus tierras yacieran desoladas. Si la tierra existiera solo para el propietario, el gobierno romano hubiese tenido que soportar esto sin más remedio, a causa del concepto de propiedad. Pero la tierra existe también para la sociedad, de ahí que esta deba producir frutos y, consecuentemente, de ahí que los romanos no tolerasen la situación expuesta, sino que ofrecían la propiedad a quien estaba deseoso de cultivarla y hacerla útil para la sociedad". IHERING, Rudolf. *Law as a means to an end*. 2.^a reimp. Boston: The Boston Book Company, 2001, p. 386).

- ⁶ Artículo 5 de la Ley 1700, de 12 de julio de 1996 (Ley Forestal): "La conservación y el uso sostenible de los recursos naturales renovables en beneficio de las presentes y las futuras generaciones de bolivianos es parte de la función social de la propiedad. La función social incluye a los derechos de uso y aprovechamiento de los recursos del dominio originario del Estado. Las limitaciones legales inherentes a la función social de la propiedad no conllevan la obligación de indemnizar. Cualquier limitación que implique expropiación se rige por la legislación especial sobre la materia".

mismo, la propia Constitución trabaja en su parte general —ergo, de aplicación también general— con el concepto genérico de FS (artículo 7.i), procediendo de la misma forma en el artículo 22.II. El artículo 7.i dice que “toda persona” tiene el derecho fundamental “a la propiedad privada, individual o colectivamente, siempre que cumpla una función social”. Descontado que pueda entenderse que la Constitución esté sosteniendo que el mediano propietario o los titulares de la empresa agropecuaria no son personas, solo puede entenderse que en la FS está incluida la modalidad “función económico-social” utilizada por el artículo 169 al referirse a dichos actores. Desde luego, tampoco puede entenderse que para esos casos la Constitución autoriza la confiscación o cualquier figura que tenga la naturaleza jurídica de una confiscación⁷ —como la reversión que no obedezca a una declaratoria

⁷ La Constitución de 1826 abolió toda confiscación de bienes (artículo 131), cuya redacción fue recogida como artículo 133 al introducirse las reformas constitucionales de 1834, conservándose la proscripción con algunas variaciones de redacción en la Constitución de 1839 y las reformas de 1851 y 1871. En 1839, “la república desconoce toda confiscación de bienes” (artículo 115); en 1851, “la confiscación de bienes jamás podrá ser restablecida” (artículo 19); y a partir de 1871 (artículo 8), la prescripción constitucional adoptó el texto con que perduraría hasta las reformas constitucionales del 2004: “Jamás se aplicará la confiscación de bienes como castigo político”. La Ley de Necesidad de Reforma de la Constitución del 2002 retiró este texto para, siguiendo la lógica de modificar la Constitución sin provocar corridas en su articulado, introducir el hábeas data en el espacio que dejaba libre. Tal retiro no fue ni casual ni desaprensivo. En efecto, en su anteproyecto de reformas a la Constitución de 1992, la Fundación Milenio había propuesto abrir en dos párrafos el artículo 23, con el fin de mantener la prohibición de confiscación e introducir el hábeas data. Pero, para el 2000, la misma institución, el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional y el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR) coincidieron en que el artículo 23 debía cobijar solamente al hábeas data, pues resultaba por demás claro que lo que en 1826 fue concebido como una garantía de la propiedad, ya para 1871 era una pauta de normalidad vulnerada tan solo por la venganza política. Para 2004, mantener el texto introducido en 1871 resultaba tan ocioso como aberrante. Ocioso, porque al estar constitucionalmente consagrada la propiedad como un derecho fundamental y gozar de

de abandono a calificación de ley—: en primer lugar, porque no lo dice; y en segundo lugar, porque, al decir que la máxima limitación legal que tolera es la expropiación, no podría decirlo. La forma suficiente con que la Constitución prohíbe la confiscación es consagrando el carácter fundamental del derecho de propiedad (artículo 7.i) y la garantía fundamental consistente en que “La expropiación solo se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a Ley y previa indemnización justa” (artículo 22.II). Nótese que de lo dispuesto en el artículo 22.II no puede entenderse que la Constitución franquea la expropiación solo contra el solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunitaria y las tierras comunitarias de origen, y que, privilegiando de manera tan inexplicable como inadmisibles a la mediana propiedad y a la empresa agropecuaria, las pone fuera del alcance de la expropiación en la medida en que no hace referencia a la FES. Con lo que queda demostrado que en el concepto genérico de FS que —en concordancia con el artículo 7.i (título de Disposiciones Generales, ergo de aplicación universal)— es manejado por el artículo 22.II (título de Garantías de la Persona, ergo de aplicación universal) está incluida la modalidad específica de FES que vendría en introducir incidentalmente el artículo 169. Por lo demás, en Bolivia hay una larga tradición constitucional garantista del derecho de propiedad⁸, con lo que, es-

la garantía fundamental de no poder ser expropiada sino por causa de utilidad pública o incumplimiento de la función social, calificadas por ley y previa indemnización justa, carecía de sentido cualquier referencia a la confiscación; y aberrante, porque el solo prohibir constitucionalmente la confiscación por venganza política sugeriría que un Estado que conserva tal norma a estas alturas de la historia, debe todavía precaver como una posibilidad cierta la ocurrencia de semejante acto de barbarie (véanse los anteproyectos citados, en URIOSTE, Juan Cristóbal. *Constitución Política del Estado, historia y reformas*, 1.^a ed. La Paz: Fundación Milenio, 2003).

⁸ La garantía al derecho de propiedad forma parte del constitucionalismo nacional desde sus orígenes. El texto original de la Constitución (1826) “[garantizaba] a todos los bolivianos su libertad civil, su seguridad individual, su propiedad, y su igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue” (artículo 149).

tando claro que históricamente la confiscación ha sido repudiada, carece de relevancia jurídica —a este efecto— detenerse en el hecho de que las reformas de 1961 venían marcadas por la impronta revolucionaria de 1952 y que el legislador constitucional haya creído garantizar la irreversibilidad del proceso de reforma agraria introduciendo inorgánicamente —con respecto a la FS consignada en la parte general— la frase “función económica y social”; tautología que, también inorgánicamente, reprodujo la reforma de 1967 como “función económico-social” y que es como ha llegado al texto vigente de la Constitución. Baste por el momento decir que, desde sus orígenes en cierto derecho agrario algo desentendido del cultivo jurídico, ello sólo puede explicarse como producto de una pura falta de claridad conceptual sobre todo lo que implica la FS, ya que el uso económico de la mediana propiedad y la empresa agropecuaria es tan parte de la FS, como que no es necesario decir de un estadio privado que debe cumplir una

Esta redacción se mantuvo hasta las reformas de 1839, en las que se suprimió la frase “ya premie, ya castigue” (artículo 148). Las reformas de 1851 declaraban que “toda propiedad es inviolable” (artículo 15). En las siguientes reformas (1861) el texto fue reescrito conservando su mismo sentido: “Todo hombre tiene el derecho de usar y disponer de sus bienes...” (artículo 6). En 1868 (artículo 16) se volvió al texto de 1851 (“la propiedad es inviolable”), y en 1871 (artículo 10) se volvió al texto de 1861 (“Todo hombre tiene el derecho a usar y disponer de sus bienes”), para, en 1878 (artículo 13), volver al texto de 1868 (“la propiedad es inviolable”). Esta redacción se mantuvo hasta las reformas de 1945, que “[garantizaban] la propiedad privada” (artículo 17). En el año 1961 la redacción variaría, teniendo toda persona el derecho fundamental a la “propiedad privada siempre que cumpla una función social” (artículo 6.i). El texto actual (2004) se redactó en 1967: toda persona tiene el derecho fundamental a la “propiedad privada, individual o colectivamente, siempre que cumpla una función social” (artículo 7.i). Salvo las reformas de 1851, en las que el derecho de propiedad se encontraba bajo el título “Del derecho público de los bolivianos”, en todas las demás reformas la propiedad estuvo siempre bajo el título de las garantías. Desde las reformas de 1967, el derecho de propiedad se encuentra bajo el título “Derechos y deberes fundamentales de la persona”, y la expropiación, por ser la máxima limitación al derecho propietario, en el título de las “Garantías de la persona”.

función deportivo-social, ni de un templo que debe cumplir una función litúrgico-social, porque entonces la Constitución tendría que contener una lista, tan interminable como ociosa —por tautológica—, que incluyera lo educativo-social de una universidad privada o un colegio particular, lo recreativo-social de una instalación de esparcimiento, lo cultural-social de un centro de artes, lo sanitario-social de una clínica, lo fabril-social de una industria, etc.; hasta llegar al ridículo de consagrar la función filmico-social de un cinema. Más adelante se volverá sobre las implicancias de esta confusión conceptual, cuando se analicen los casos de reversión y expropiación.

- El párrafo III (adicionado) establece que la FES comprende: a) las áreas efectivamente aprovechadas, b) las de descanso, c) las servidumbres ecológicas legales, y d) las áreas de proyección de crecimiento. El párrafo X establece que, en las actividades agrícolas, son áreas efectivamente aprovechadas las que se encuentran en producción. Puesto que el párrafo IV determina que, como principal medio de comprobación, la FS y la FES necesariamente serán verificadas en campo, en cuanto a las áreas de labranza agrícola el reglamento debería desarrollar claramente qué es —aparte de la presencia de sembradíos— encontrarse en producción, pues al momento de la pericia de campo se pueden encontrar áreas actualmente sembradas, áreas cosechadas, áreas en preparación para siembra, áreas en espera de ser preparadas en la campaña de invierno o de verano, etc. De no desarrollarse claramente ese precepto legal, será inevitable que —con malicia o buena fe— los técnicos incurran en discrecionalidad y calificación arbitraria, y que la administración sea abrumada con equívocas denuncias de abandono para subsecuente reversión. (El tema del abandono es analizado en detalle más adelante.) El mismo párrafo X establece que, en propiedades ganaderas, la superficie efectivamente aprovechada corresponde a la cantidad de ganado existente. Al respecto, la disposición transitoria séptima señala una relación de 5 hectáreas por cabeza de ganado mayor, norma que tiene su antecedente en el artículo 21.c del Decreto Ley 3464, de 2 de agosto de 1953 (Ley de Reforma Agraria). A efectos de la pericia de campo, aquí se trata de aritmética pura: 100 vacas justifican 500 hectáreas. Empero, el párrafo VII indica que, además de la carga animal, se considerarán efectivamente aprovechadas las áreas silvopastoriles y las de pasto cultivado. La señal de inducir el cultivo de pasturas, premiándolo

con el reconocimiento de la FES al margen de la carga animal, es indudablemente positiva, de cara a promover la competitividad de los actores agrarios y el incremento de la productividad por vía de innovación tecnológica; pero el reglamento deberá desarrollar claramente qué se considera como pastos cultivados. En cuanto a las áreas silvopastoriles, se trata de una laguna técnica dejada por el legislador y que la potestad reglamentaria deberá resolver (para evitar la calificación a discreción por la autoridad encargada de aplicar la norma), comenzando por definir qué se entiende por actividades silvopastoriles. ¿El solo "bejuqueo" y ramoneo del ganado en bosques naturales? ¿El aprovechamiento forestal sostenible de productos maderables o no maderables, conjuntamente con el "bejuqueo" y el ramoneo? El establecimiento en los pastizales de rodales de sombreo, cercos vivos de especies arbóreas, cortinas rompevientos y barreras antierosivas, ¿basta para calificar como actividad silvopastoril?) En la perspectiva de brindar referentes objetivos de dirimencia administrativa y jurisdiccional, el reglamento debería: a) definir claramente lo que debe entenderse por actividades silvopastoriles; b) remitir la justificación de la superficie pretendida a una determinada carga animal; c) determinar las características básicas de las ecorregiones o zonas en que la silvopastura es viable y, por tanto, admisible como FS o FES; y d) establecer máximos en tanto y en cuanto actividad ganadera, dejando por cuerda separada la justificación por actividades forestales, conforme al parágrafo VIII.

- En cuanto a las áreas de descanso, el parágrafo VI establece que solo se las reconocerá en actividades agrícolas y que son aquellas de rotación que tengan trabajos, mejoras e inversiones productivas claramente identificables. Para que el concepto sea manejable sin incurrir en discrecionalidad, aquí el desarrollo reglamentario tendrá que establecer criterios y periodos para reputar un área en descanso, habida cuenta de que existen sistemas agroecológicos que postulan descansos basados por entero en la sola capacidad de regeneración natural del suelo y que, en consecuencia, pueden llegar tranquilamente a los 5, 10 o más años. Lo propio sería que el reglamento estableciera distintos criterios de descanso para distintos sistemas productivos existentes en la práctica.

- En cuanto a las servidumbres ecológicas, al incluir en la FES solo las servidumbres ecológicas legales, el párrafo IX excluye las voluntarias. El artículo 35 del Decreto Supremo 24453, de 21 de diciembre de 1996 (Reglamento General de la Ley Forestal), establece como servidumbres ecológicas legales las laderas de más de 45% de pendiente, las franjas de protección ribereña, las cortinas rompevientos y otras. Puesto que el artículo 13.I de la Ley Forestal (Ley 1700, de 12 de julio de 1996) prescribe que las Reservas Privadas del Patrimonio Natural (RPPN) son establecidas "por iniciativa privada", el artículo 41 de su Reglamento General las define como servidumbres ecológicas voluntarias. Dado que, según el artículo 33 de la Constitución, "La ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo", debe entenderse que quedarían a salvo las RPPN establecidas con anterioridad y que se encuentren cumpliendo sus fines conforme a la normativa de la materia⁹. Por otro lado, al establecer que las servidumbres ecológicas legales "Constituirán función económico social solo cuando se desarrollen sobre las mismas actividades bajo manejo, regularmente autorizadas", el párrafo IX evidencia falta de claridad conceptual sobre lo que dichas servidumbres son, pues, siendo tierras de protección (artículo 13 de la Ley 1700, de 12 de julio de 1996 —Ley Forestal— y artículo 30 de su Reglamento General), la limitación legal al derecho de propiedad que el titular está llamado a soportar como servidumbre consiste, precisamente, en dejar el bosque en pie, absteniéndose de cualquier forma de aprovechamiento consuntivo de sus recursos, al objeto de que la cobertura boscosa cumpla su papel protector. Dicho en términos sencillos, ya que la servidumbre eco-

⁹ Ley 1700, de 12 de julio de 1996 (artículos 5.I, 13.III/IV/V, 16.I/III/IV); Ley 1715, de 18 de octubre de 1996 (artículos 2.I/II, 3.I/IV, 9.I.2/3/4, 18.1/3/6, 26.1/2/4/7 y 42.I); Decreto Supremo 24453, de 21 de diciembre de 1996 (artículos 1.II, 2, 4, 5, 6, 7, 23.I/III y IV, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 49, 50, 51, 52, 60, 69.I/VII/VIII/IX/X/XI/XII, 86, 87 y 89); Resolución Ministerial 130/97, de 9 de junio de 1997 (Normas Técnicas sobre Planes de Ordenamiento Predial), y Directriz ITE 08/98, aprobada por Resolución 147/98, de 9 de octubre de 1998, del Superintendente Forestal.

lógica más plena es la menos tocada, sería antinómico que la ley reconociera la FES a la más alterada y la negara a la más intacta. En consecuencia, el desarrollo reglamentario debería asumir que por "actividades bajo manejo" el legislador ha entendido cuestiones semejantes a las establecidas por el artículo 38 del Reglamento General de la Ley Forestal, a saber: la delimitación en planos, la demarcación física, la abstención de efectuar actividades de labranza agrícola o de pastoreo; y, para el caso de áreas de servidumbre ecológica que se encontraran deforestadas, "todo acto requerido para permitir efectivamente el proceso de regeneración natural y sucesión ecológica en dichas áreas, tales como el establecimiento de cercos para impedir el acceso del ganado y similares".

- Finalmente, en cuanto a las áreas de proyección de crecimiento, el parágrafo V establece: "El área de proyección de crecimiento de la mediana propiedad¹⁰ es del 50% y de la empresa agropecuaria del 30%. Para la empresa agrícola¹¹ será calculada desde un 30% hasta un 50% según parámetro establecido en reglamento, siempre y cuando no exceda la superficie mensurada en saneamiento o la consolidada como emergencia del mismo. Para el cálculo del área de proyección de crecimiento se tomará en cuenta el área efectiva y actualmente aprovechada, además del área en descanso en propie-

¹⁰ Las extensiones de la propiedad agraria aún se rigen por la Ley de Reforma Agraria, que señala las extensiones máximas según la zona geográfica. El artículo 16 se ocupa de la mediana propiedad, cuyas extensiones varían desde 24 ha en los valles a 600 ha en el Chaco. En la subzona Santa Cruz y la zona tropical agrícola (Beni, Pando y la provincia Iturrealde del departamento de La Paz), la extensión máxima es de 500 ha. A la subzona Yungas corresponde la extensión máxima, de 150 ha; y en la zona del altiplano, las extensiones fluctúan de 80 a 350 ha. La fluctuación en la zona de valles es de 24 a 200 ha.

¹¹ El artículo 17 de la Ley de Reforma Agraria se ocupa de las extensiones máximas de las empresas agrícolas, variando dichas extensiones, como en el caso de la mediana propiedad, según la zona geográfica en que se encuentren. Así, el rango va de 400 a 800 ha en la zona del altiplano y de 80 a 500 ha en los valles; mientras que en la zona tropical y subtropical de la región oriental la extensión máxima es de 2.000 ha.

dades agrícolas". Cabe preguntarse en qué ha pensado el legislador al dejar un rango de entre 30% y 50% para el caso de la empresa agrícola, y cuáles deberían ser los parámetros reglamentarios. Algo plausible sería que, siguiendo la línea de los estándares de los sistemas de certificación voluntaria para actividades forestales y agrícolas —así como las pautas del Documento Guía sobre Responsabilidad Social de la International Organization for Standardization (ISO)—, el reglamento permitiera a los actores ganarse esos 20 puntos porcentuales según el grado de cumplimiento de estándares ambientales, económicos y sociales. En todo caso, debe reconocerse como un gesto de magnanimidad de la ley el establecimiento de estos 20 puntos porcentuales adicionales, toda vez que el artículo 242.I.b del Decreto Supremo 25763, de 5 de mayo del 2000 (Reglamento de la Ley INRA), solo reconocía el 30%.

- Por otro lado, el párrafo XI prescribe: "Los desmontes ilegales son contrarios al uso sostenible de la tierra y no constituyen cumplimiento de la función social ni de la función económico-social". El año 2005 se deforestaron 245.015 ha, cuando solo fueron autorizadas por la Superintendencia Forestal 34.671 ha, o sea, el 14,15%¹². Se debe tener presente que, tratándose de tierras clasificadas para conversión a usos agropecuarios, a fin de cuentas lo grave de la ilegalidad —en su dimensión ambiental— se reduce al riesgo de que no se respeten las servidumbres ecológicas; y donde, según los impactos negativos que están llamados a conjurar, la preservación de la cobertura boscosa en las franjas de protección ribereña y las laderas altamente erosionables es lo más urgente en términos de una agricultura sostenible. Pero lo trágico es que el 55% de esa deforestación ocurrió en tierras de producción forestal permanente¹³,

¹² Superintendencia Forestal. *Informe anual 2005*. Santa Cruz, 2006.

¹³ Una verdad que debe ser aceptada es que ni la peor forma de intervención forestal de los bosques genera el impacto ambiental provocado por la mejor forma de intervención agropecuaria de ellos. Tal es la distancia —a efectos de determinar las prioridades regulatorias y de asignación de recursos— entre la tala ilegal y la deforestación.

lo que implica que en un solo año se perdieron —de una vez, para siempre— 134.000 ha, no solo de recursos forestales, sino también de hábitat y de fuentes generadoras de servicios ambientales¹⁴. Desde luego, los desmontes ilegales tienen su impacto en las finanzas del tesoro público¹⁵. Asimismo, debe tenerse presente que según el artículo 42.IV de la Ley Forestal, los desmontes ilegales constituyen actos de destrucción y deterioro de bienes del Estado y

¹⁴ Indudablemente, los grandes motores de la deforestación son, por un lado, la expectativa de personas pobres de mejorar sus condiciones de vida y hacerse de una propiedad que constituirá su patrimonio por excelencia y la base de su modo de vida (campesinos colonos); y por otro, la expectativa de mayor desarrollo económico e incremento patrimonial por parte de medianos y grandes agricultores y ganaderos. Estos dos motores, y en sus respectivas escalas, apuestan por igual al crecimiento, y donde la relación es de campesinos que aspiran a más de una parcela, a hacendados o estancieros que aspiran a más de una hacienda o estancia. En ambos casos, y con sus respectivas escalas, tampoco están ausentes los móviles especulativos. El hecho es que el motor, en ambos casos, es una ley económica; a saber: la mayor rentabilidad y el mayor valor de cambio de una misma unidad de superficie. Si convertida de bosque a usos agropecuarios, y si una ley jurídica no le sale al paso con lo que tenga que salirle —seguridad legal en la tenencia del bosque en pie; respeto estricto a los usos legalmente establecidos; declaratoria de abandono y reversión de tierras ociosas para dotaciones a campesinos sin tierra; etc.—, a caballo de esa ley económica los bosques seguirán migrando masivamente hacia los usos agropecuarios.

¹⁵ Una forma de valorar el impacto de la deforestación irregular en las finanzas del tesoro público es estimando lo que el Estado deja de percibir por patentes de desmonte. Tomando como base la deforestación de la gestión 2005 (245.015 ha), por cuyas 34.671 ha autorizadas la SF informa haber recaudado B/.13.774.502,60, se obtiene que por las 210.344 ha ilegales se habría dejado de percibir el orden de B/.83.000.000,00. A ello tendrían que agregarse las recaudaciones no percibidas por emisión de certificados de origen (CFO6-madera en troza de desmonte), en que si para los desmontes autorizados se emitieron 6.645, extrapolando ese dato a los no autorizados serían 40.314; y teniendo en cuenta que el CFO6 tiene un valor de B/.140,00, arrojaría una cantidad de B/.5.643.960,00. De manera que el 2005, el Estado habría dejado de percibir B/.88.643.960, solo por desmontes no autorizados.

la riqueza nacional, tipificados en el artículo 223 del Código Penal y penados con privación de la libertad de 1 a 6 años. Dicho todo esto, y volviendo al texto del párrafo XI ("Los desmontes ilegales son contrarios al uso sostenible de la tierra y no constituyen cumplimiento de la función social ni de la función económico-social"), nótese que es el desmonte ilegal lo que con toda claridad vino en calificar la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria como incumplimiento de la FS y la FES. Tal como está formulada, la norma constituye indiscutiblemente una innovación legal, en la medida en que nunca antes fue el desmonte ilegal en sí lo expresamente calificado por la ley como incumplimiento de la FS y la FES. De manera que en lo que respecta a que "La ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo" (artículo 33 de la Constitución), en esa misma medida (innovación) la norma solo es aplicable a los casos de desmonte ilegal que ocurran a partir de la vigencia de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria. Establecido esto, lo que resta aclarar es que en tales casos lo que procede constitucionalmente, tratándose de tierras con títulos saneados o en proceso de saneamiento, es la expropiación y no la reversión, habida cuenta de que —también constitucionalmente— solo procede la reversión en los casos de abandono, y un desmonte —por ilegal que fuera— es un acto de dominio y, como tal, la antítesis del abandono. Llegados a que la expropiación es la solución jurídica que corresponde cuando haya títulos, siendo que el Estado es el titular del vuelo forestal, lo que sí cabe en perfecto derecho es: a) que la expropiación se efectúe al valor comercial de las tierras antes de su conversión ilegal; b) que se valore la masa forestal destruida, según los rendimientos promedio para la zona, y se liquiden las patentes dejadas de pagar, para proceder a la respectiva compensación con respecto a la indemnización; y c) que la parte que resulte acreedora del saldo respectivo persiga de la otra su correspondiente satisfacción. Empero, aquí cabe preguntarse si la plástica de la potestad reglamentaria alcanza para reconducir la reversión dispuesta por la ley en análisis a la expropiación por incumplimiento de la FS. Por otro lado, no puede dejar de comentarse que el desmonte ilegal puede ocurrir: a) en tierras con cobertura boscosa oficialmente clasificadas para conversión a usos agropecuarios; y b) en las clasificadas para protección o producción forestal permanente o en las declaradas como áreas protegidas. En la primera hipótesis, la ley se descamina del raciocinio jurídico al

plantear como incumplimiento de la FS lo que —al constituir trabajo de la tierra en aquello que la tierra está legalmente llamada a ser trabajada (uso agropecuario)— hace constitutivamente a la FS (y es por eso que lo calificado por los parágrafos I y II del artículo 2 de la Ley INRA se reducía al uso en conformidad con la clasificación oficial de la tierra). En este caso, la solución jurídica no consiste en que el INRA reproche incumplimiento de la FS/FES, sino, simplemente, en que se limite a hacer su trabajo reconociendo la FS/FES donde tenga que reconocerla, dejando que las entidades atribuidas de las respectivas competencias (Superintendencia Forestal, Ministerio Público) hagan el suyo; a saber: ver que el responsable se ponga a derecho respecto a las servidumbres ecológicas destruidas, patentes eludidas y delitos cometidos. En la segunda hipótesis (desmonte ilegal de tierras boscosas no clasificadas para conversión a usos agropecuarios) la solución jurídica limpia sería la expropiación en los términos arriba enunciados, y con la obligación —connatural al instituto de la expropiación— de que las tierras sean destinadas por la entidad expropiante (INRA) a titulares que las dediquen exclusivamente a los usos legalmente autorizados. Más adelante se verá que la expropiación por incumplimiento de la FS/FES constituye una sanción, de manera que, mereciendo sanción penal la tala ilegal (artículo 42.IV de la Ley Forestal), conforme al principio *non bis in idem* (prohibición de juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho) la aplicación de una excluye la otra¹⁶. En todo caso, mientras se conserven en el sistema jurídico las normas de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria, hay un cuadro de variables en materia de saneamiento y titulación¹⁷. Seguidamente, al efectuar la crítica jurídica de la rever-

¹⁶ Véase la STC 0506/2005 R (G.C. N.º 71, tomo I, mayo 2005).

¹⁷ En cuanto a tierras no saneadas o en proceso de saneamiento, debe diferenciarse según se trate de tierras tituladas, sin titular o de poseedores legales. De tratarse de tierras no tituladas, el desmonte ilegal se traduce en una resolución administrativa de “improcedencia de la titulación”, porque “la tierra no cumple la FS o la FES”, a tenor de lo previsto en el artículo 224.e del Reglamento

sión según la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria, se verá por qué dentro de dichas variables no serían constitucionales las resoluciones de reversión.

3.2 Reversión

Artículo 51. Reversión de tierras. Serán revertidas al dominio originario de la Nación sin indemnización alguna, las tierras cuyo uso perjudique el interés colectivo calificado por esta Ley, en concordancia con los artículos 22, parágrafo I, 136, 165, 166 y 169 de la Constitución Política del Estado.

Artículo 52. Causal de reversión. Es causal de reversión, el incumplimiento total o parcial de la función económico-social establecida en el artículo 2 de la Ley 1715, modificado por la presente Ley, por ser perjudicial al interés colectivo, y se sustancia ante la Dirección Departamental del INRA. El Director Nacional del INRA dictará la resolución final del procedimiento. (...).

de la Ley INRA, que desarrolló el artículo 66.I.1 de dicha ley. La solución sigue la misma línea tratándose de tierras ocupadas por poseedores legales, pues para que se dé a favor de ellos una resolución constitutiva, se requiere del cumplimiento de la FS o la FES, según sea el caso (artículo 232 del Reglamento de la Ley INRA). En cuanto a los desmontes ilegales en tierras tituladas, en vía de saneamiento legal el procedimiento podría terminar en una de las siguientes alternativas: a) en una resolución confirmatoria, si el título está exento de vicios; b) en una resolución modificatoria, si el título está afectado de vicios de nulidad relativa, pero la tierra cumple parcialmente la FS o la FES; c) en una resolución anulatoria, si el título está afectado de vicios de nulidad absoluta o, estando afectado de vicios de nulidad relativa, no existiera cumplimiento de la FS o la FES; d) en una resolución de reversión, introducida por la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria (artículos 66.8 y 67.I), si el título está exento de vicios, pero no cumple total o parcialmente la FES.

Artículo 57. Procedimiento.

II. (...).

Concluido el saneamiento respecto de cada propiedad, [el procedimiento de reversión] solo podrá aplicarse de manera periódica, después de dos (2) años a partir de la emisión del título ejecutorial o certificado de saneamiento. Las verificaciones posteriores de la función económico-social, de cada propiedad, no podrán ser realizadas en plazos menores de dos (2) años.

Comentarios

- Se ha dicho ya (punto III.1.1) que la Constitución es la plantilla inconvencional en que deben calzar la ley y su reglamento. Se ha demostrado ya (punto III.1.2) que al referirse a ello la parte general de la Constitución —artículos 7.i y 22.II—, la FS comprende también la modalidad específica en que la cumplen la mediana propiedad y la empresa agropecuaria, modalidad denominada por el artículo 169 como FES, de manera totalmente incidental, pues, para remitirse a la propia tradición jurídica nacional, ya en la Ley de Reforma Agraria de 1953 —cuyo contenido sería elevado a la Constitución por las reformas de 1961— el concepto estuvo establecido genéricamente como FS¹⁸. Recuérdese que el artículo 7.i de la Constitución dice que toda persona tiene el derecho fundamental “a la propiedad privada, individual o colectivamente, siempre que cumpla una función social”. Desde que los propietarios de medianas propiedades o empresas agropecuarias son personas, no puede entenderse sino que en el término genérico de FS la Constitución subsume allí la modalidad de FES contemplada en el artículo 169. Ese mismo carácter comprensivo tiene el concepto de FS manejado por el artículo 22.II, pues, estando ubicado dicho artículo

¹⁸ Lo usa desde la parte considerativa: “Que, por los sistemas arcaicos empleados en su explotación y las formas de servidumbre en el trabajo, la propiedad rural no ha cumplido su función social y se ha convertido, más bien, en un obstáculo para el progreso del país”.

en el título de las Garantías de las Personas —y que es de alcance universal—, pretender que el incumplimiento de la FS solo habilita la expropiación previa indemnización justa, y que el incumplimiento de la FES habilita la reversión sin pago alguno, sería, nuevamente, pretender que la Constitución dice que los titulares del solar campesino y la pequeña propiedad son personas y que no lo son los de la mediana propiedad y la empresa agropecuaria. Quedando esto reducido al absurdo, lo que se mantiene en pie es que la FES es parte de la FS¹⁹, y lo que rige para el todo rige para la parte. Establecido esto, ningún raciocinio jurídico podría justificar que, al tolerar a lo sumo la expropiación en casos de incumplimiento de la FS calificada por ley, una Constitución tenga en claro que una garantía fundamental de toda persona sea la proscripción de cualquier forma de confiscación, y que —en flagrante contradicción en los términos— la misma Constitución autorizara a confiscar tratándose de determinadas personas.

- Debe tenerse en cuenta, asimismo, que en el Estado de Derecho la regla según la cual lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido —recogida por el artículo 32 de la Constitución—, está prevista como una garantía de la persona, es decir, del ciudadano administrado, siendo que para el Estado administrador —y precisamente como correlato de esa garantía— sus competencias deben obedecer por fuerza a un mandato positivo. En otros términos, y en razón de que el Estado existe por las personas y para las personas y no las personas por el Estado y para el Estado, el Estado está expresamente

¹⁹ El anteproyecto de reforma al artículo 22 de la Constitución, preparado por el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR) en el 2000, evidencia que fue redactado considerando que la función social puede cumplirse de diversas modalidades: "La ley regulará la función social de la propiedad privada según su naturaleza". En la misma línea iba el anteproyecto de reforma al artículo 169 de la Constitución, preparado por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional: "El Estado reconoce la existencia del solar campesino, la pequeña y mediana propiedad, la empresa agropecuaria, la propiedad colectiva y las tierras comunitarias de origen. La ley fijará sus características".

prohibido de hacer todo lo que no le está expresamente permitido³⁰. Y en el caso de la reversión contemplada por el modificado artículo 51 de la Ley INRA, puede observarse que se trata de una competencia tan írrita cuan arrogada, pues, por un lado, no existe en todo el texto constitucional ningún mandato positivo que autorice la confiscación (reversión sin indemnización alguna), y, por otro, contraviene el terminante mandato de la Constitución, en el sentido de que cuando la propiedad no cumpla una función social calificada por ley (artículo 22.II), solo procede la expropiación ("calificada conforme a ley y previa indemnización justa").

- Con solo remitirse a los antecedentes históricos del artículo 22 de la Constitución, puede comprobarse que éste formó un solo texto³¹,

³⁰ "... la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar *contra legem*, sino que además está obligada a actuar solamente *secundum legem*, o sea en virtud de habilitaciones legales" (CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*, 1.ª reimp. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 449).

³¹ El texto de 1826 normaba la expropiación como corolario de que el Presidente de la República no pudiese "privar a ningún individuo de su propiedad, sino en el caso que el interés público lo exija con urgencia; pero [debía] preceder una justa indemnización al propietario" (artículo 84.3). Este texto, con modificaciones de estilo, se mantuvo hasta las reformas de 1843. Fue a partir de 1843 que la expropiación mudó su lugar en la Constitución, abandonando el título referido al Presidente de la República para ubicarse en el de las garantías de las personas; la única excepción fue el texto de 1851, en que la expropiación integraba el título "Del derecho público de los bolivianos". En la historia constitucional boliviana, tres cambios que merecen ser destacados ocurrieron en el texto original referido a la expropiación. El primero, en 1861, al introducirse como condición necesaria que la causa de utilidad pública estuviese "calificada conforme a ley" (artículo 6). Las reformas de 1843 y de 1851 ya habían dado pasos tendientes a evitar que la determinación de la utilidad pública quedase librada a la discreción de la administración; así, el texto de 1843 establecía que la causa de interés público debía ser "comprobada legítimamente" (artículo 95), y el texto de 1851, que debía ser "acreditada en forma legal" (artículo 15). El segundo cambio se produjo en 1868, al disponer la Constitución que fuese una "sentencia fundada en la ley" (artículo 16) la que verificara si la causa pública invocada correspondía a la calificada por ley. Lamentablemente,

hasta aparecer impropriadamente disgregado en las reformas de 1994²². De manera que la única lectura jurídicamente posible del artículo 22 es la siguiente: *Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. La expropiación, calificada conforme a ley y previa indemnización justa, solo se impone por causa de utilidad pública o, por ser perjudicial al interés colectivo, cuando la propiedad no cumple una función social.* Y una prueba adicional de que, en efecto, los dos párrafos forman un solo discurso legal con relación de antecedente a consecuente, es que el actual artículo 51 de la Ley INRA (ver la glosa arriba) pretende que

te, dicha garantía contra la desviación de poder en la expropiación fue suprimida en las siguientes reformas (1871). El tercer cambio ocurrió en 1945, al introducirse la institución de la expropiación-sanción, es decir, aquella que se impone por incumplimiento de la función social; pero el texto, tal como fue concebido desde 1826, era uno solo: "Se garantiza la propiedad privada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando no llene una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa" (artículo 17). La redacción de este artículo no varió en las reformas de 1947; y en las de 1961, el "interés colectivo" fue cambiado por el "interés nacional", manteniéndose en ambas reformas como un solo texto. Las reformas de 1967 reemplazaron la palabra "llene" por "cumpla" (una función social), y dividieron el texto en dos párrafos (licencia de redacción abusiva, pero que finalmente no conlleva disgregación normativa), donde el primer párrafo decía: "se garantiza la propiedad privada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo"; y el segundo: "la expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando no cumpla una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa" (artículo 22). No fue sino hasta las reformas de 1994 que, al correr de alguna pluma desatenta a las implicancias jurídicas de la numeración legal, se atribuyó a cada uno de estos párrafos el carácter de párrafo, con lo que la licencia de redacción en torno a un solo bloque conceptual, aparece impropriadamente como si tuviese un sentido normativo bifurcado.

²² Constitución, artículo 22. "I. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. II. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumpla una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa".

la Constitución autoriza la reversión en el artículo 22.I, cuando el uso de la propiedad sea perjudicial para el interés colectivo, y la expropiación en el artículo 22.II, cuando no cumpla la FS, para, a renglón seguido, en el actual artículo 52 (ver la glosa arriba) acabar reconociendo que la entidad jurídica del uso perjudicial al interés colectivo no es otra que el incumplimiento de la FS.

- Lo que la ley debió desarrollar fue el artículo 166 de la Constitución en la línea del artículo 212 del Código Civil, y eso implica una construcción jurídica en torno a la institución del abandono en materia de propiedades inmobiliarias rurales. Para hacer una evolución en raciocinio jurídico, supongamos que una persona recibió en algún momento del Estado 2.000 ha y que tiene el respectivo título ejecutorial. Supongamos ahora que a la fecha de la pericia de campo se determina que esa persona no ha realizado trabajo alguno, no habiendo siquiera alinderado el área. Pues bien, tanto como repugna a la conciencia jurídica la confiscación, le repugna la idea de que dicha persona pueda percibir el justiprecio a valor comercial actual por 2.000 ha recibidas en el pasado del Estado y en las que hasta la fecha no ha efectuado trabajo alguno. Jurídicamente, eso constituiría enriquecimiento sin causa, que universalmente, y desde los mismos albores del derecho, la ley nunca ha tolerado²³. La conciencia jurídica nos dice, entonces, que aquí no procede la expropiación, porque implicaría tolerar un enriquecimiento sin causa en agravio de quien paga un valor comercial actual —a saber, toda la nación— que en gran medida ha sido originado por la propia inversión pública del Estado —avance de obras de infraestructura vial y otras—, y a cuya formación, en todo caso, en

²³ Gayo: "Nemo debet lucrari ex alieno damno" (Nadie debe lucrarse a daño ajeno). Digesto, ley 28, título 3, libro 4. También Pomponio: "Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores" (Es justo, por derecho natural, que nadie se haga más rico con daño y perjuicio de otro). Digesto, ley 20, título 17, libro 50. Nuestra jurisprudencia dice sobre el tema: "El enriquecimiento sin causa (ilegítimo en la terminología del Código), no es otra cosa que el incremento patrimonial de una persona a costa del patrimonio de otro, sin causa legal que lo justifique" (G.J. N.º 1678, p. 34).

nada ha contribuido el expropiado. En esta hipótesis, la expropiación se tomaría, pues, en un abuso y una burla. En la línea de un raciocinio jurídico, lo que queda es coger el artículo 166 de la Constitución y traducirlo a la respectiva institución. Y cuando el artículo 166 dice que "el trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria", está diciendo tres cosas: a) Que es por esa razón que el artículo 167 no reconoce el latifundio, el que desde el artículo 12 de la Ley de Reforma Agraria de 1953 está definido como la gran extensión que permanece inexplorada o es explotada mediante formas de enfeudamiento —aparcería, etc.—, siendo que el artículo 213.II del Código Civil vino en definirlo como "grandes extensiones de tierras no organizadas como empresa agrícola", lo cual reduce la definición legal vigente de latifundio a "gran extensión de tierra en estado improductivo"; b) Que los títulos ejecutoriales a que se refiere el artículo 175 de la Constitución, ciertamente, "son definitivos, causan estado y no admiten ulterior recurso, estableciendo perfecto y pleno derecho de propiedad", pero siguen siendo solo títulos que, como cualquier título, declaran la existencia de un derecho mientras tal derecho siga existiendo, el que desaparece cuando su titular lo desecha (abandono); y c) Que, en consecuencia, lo que la ley especial debe desarrollar son las situaciones de inactividad o dejación, y sus plazos, para que pueda atribuirse legalmente a un predio el estado de abandono, así como el proceso de declaratoria para la consecuente ejecución, a resolución firme, de la reversión al Estado, y donde la entidad jurídica de la reversión consiste en la retoma que, en derecho, efectúa sobre un predio abandonado el titular del dominio originario (*dominium eminens*).

- Recuérdese que los juristas romanos distinguieron los modos originarios de los modos derivados de adquisición de la propiedad, según que el bien adquirido fuese cosa de nadie (*res nullius*) o de alguien. Al parecer, fue Paulo el jurisconsulto quien dio forma a la idea de que, en los albores de las sociedades, la propiedad tuvo su

origen en la ocupación (*occupatio*)²⁴. La prescripción adquisitiva de dominio, recogida por el Código Civil como usucapión, reposa en la misma racionalidad. Así como la propiedad se adquiría entre los romanos por la toma de posesión (*occupatio*) —con el deseo de conservarlo como propio (*animus domini*)— de un bien susceptible de apropiación y que no perteneciera a nadie o hubiese dejado de pertenecer a alguien²⁵, también se la perdía por la vocación de su dueño de renunciar a su derecho, abandonando —derelinquiendo— el bien (*res derelicta*)²⁶; lo que, en raciocinio jurídico, nos está diciendo a gritos que la solución orgánica consiste en desarrollar legalmente el artículo 166 de la Constitución vía la institución jurídica del abandono, que es tan vieja como el mismo derecho romano.

- La pista ya estaba claramente trazada en el artículo 212 del Código Civil: “El trabajo es el medio para la conservación de la propiedad

²⁴ “Dominium quem rerum ex naturali possessione caepisse Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his quae terra, mani caeloque capiuntur” (Paulo, L. 1, §. 1, en PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*, 1.ª reimpr. México D.F.: Nacional, 1971, p. 245). También Cicerón: “... el mundo era un gran teatro en que cada localidad pertenecía al primero que la ocupaba, en tanto que permanecía en ella, sin poder impedir a otro que la ocupase, luego que la abandonaba” (Cf. CICERÓN, Marco Tulio. *Las leyes*, 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

²⁵ A los mismos requisitos se contrae la ocupación en la legislación boliviana (Código Civil, artículo 140), y la usucapión decenal o extraordinaria (Código Civil, artículo 138).

²⁶ Ulpiano: “Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupandis statim fit” (Si una cosa fuera tenida como abandonada, al punto deja de ser nuestra, e inmediatamente se hace del que la ocupa). Digesto, ley 1, título 7, libro 41. “Esta potestad jurídica aparecía ya perfectamente delineada en la Partida V (siglo XIII), al disponer sobre el abandono que el propietario podía hacer de una cosa mueble o raíz, con el ánimo de no contarla para lo sucesivo en el número de sus bienes, por serle inútil o gravosa, o por mero capricho. En tal supuesto se pierde el dominio que sobre la misma se tuviere, y la hace suya el primero en ocuparla” (en CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo I. 15.ª ed. Buenos Aires: Heliasta, p. 19).

agraria. Los fundos abandonados o los que no se trabajen revierten al Estado conforme a las leyes especiales pertinentes". El instrumento legal bajo análisis estaba llamado a ser una de "las leyes especiales pertinentes" que —para el solo efecto del proceso de saneamiento, por razones que se verán después— hiciera el respectivo desarrollo, siguiendo lo preconizado por los artículos 3.4, 18.7, 52 y 54 de la Ley INRA. Con el abandono, las tierras se convierten en cosa derelicta, a saber: desechada por su propietario; de manera que, conceptualmente, el Estado no se las quita a nadie, sino que las recoge y retoma luego de que alguien, librándolas de su dominio, las ha dejado libradas a su suerte. Quien recoge lo desechado por otro, no roba: ocupa y posee con designio dominial. El Estado que retoma la tierra abandonada, no confisca: recupera un bien que entregó bajo expresa condición de conservarlo por el trabajo. Por lo demás, esto ya ha sido elucidado por el Tribunal Constitucional al referirse al artículo 166 de la Constitución²⁷, y, en su momento, por la Corte Suprema al referirse al artículo 212 del Código Civil²⁸. La conclusión es, en consecuencia, que el único caso en que el raciocinio jurídico puede explicar la reversión es el del abandono. Todos los demás casos deben pasar por la expropiación, que es una solución jurídica en la medida en que constituye una venta forzosa por causa legalmente calificada, en que la pérdida del derecho de propiedad opera a cambio de la adquisición de un derecho de crédito (compensación pecuniaria) y que se justifica en nombre del superior interés colectivo²⁹.

²⁷ "... la condición para el ejercicio del derecho de propiedad agraria es el trabajo, y el límite a ese ejercicio es la ausencia de trabajo, puesto que para mantener su derecho, el dueño de un fundo agrario debe cumplir la función social a que hace referencia" (STC 0011/02, G.C. N.º 32, febrero 2002).

²⁸ "Probado que el recurrente abandonó los terrenos consolidados en su favor, por cuya razón no cumplía con estos, como era su deber, una función social, correspondía disponer, como se hizo, su reversión al dominio del Estado por imperio de las leyes pertinentes" (G.J. N.º 1619, p. 16).

²⁹ Ihering habla del "destino social de la propiedad", y concluye: "No es por tanto cierto que la propiedad incluya en su idea el absoluto poder de disposición. La

- Ahora bien, al desarrollar las situaciones de abandono y el proceso de declaratoria, es evidente que, para ser constitucional, la ley no puede encubrir ninguna figura confiscatoria bajo el manto del abandono. En pocas palabras: sí, para ser sólida, la ley debe ser limpia, para normar con limpieza hay que respetar escrupulosamente la entidad de las instituciones jurídicas, lo que importa no distorsionarlas ni, mucho menos, desnaturalizarlas. Una forma natural de medir el abandono de una tierra por alguien, está históri-

propiedad en esta forma no puede ser tolerada por la sociedad y nunca ha sido tolerada. (...) El principio de inviolabilidad de la propiedad significa la entrega de la sociedad a las manos de la ignorancia, la obstinación y el rencor; a las manos del más tacaño, más frívolo egoísmo del individuo —que todo se vaya a la ruina en tanto yo tenga mi casa, mi tierra y mi ganado—. Y, finalmente, cierra: "La expropiación resuelve el problema de armonizar los intereses de la sociedad con los del propietario" (IHERING, Rudolf. *Law as a means to an end*. 2.^a reimp. Boston: The Boston Book Company, 2001, pp. 388-392). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español: "... la Constitución no ha recogido una concepción abstracta [del derecho de propiedad] como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular (...) [por el contrario,] la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir" (STC 37/1987, 26 de marzo). El tema, en definitiva, es el del contenido esencial del derecho de propiedad: "... el contenido esencial del derecho no [puede] fijarse en atención a su exclusiva vertiente subjetiva, sino que [es] preciso incluir en él la referencia a la función social. Es precisamente por lo mismo por lo que el contenido esencial del derecho no resulta alterado por virtud de las restricciones que sobre el mismo recaigan por mor de su vertiente social. (...) La función social del derecho no opera como mero límite externo frente al ejercicio del mismo, sino como parte integrante del ejercicio del propio derecho, lo que, por otro lado, no es sino la lógica resultante de la consideración de la función social de la propiedad como elemento estructural de la definición de propiedad" (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. 1.^a ed. Madrid: Dykinson, 1992, pp. 449 y 451).

camente dada por el hecho de que otro pueda apropiarse de ella por prescripción adquisitiva de dominio (hasta tal punto que, para Paulo, la pérdida del derecho de propiedad no se consumaba hasta que otro procediese a la ocupación de la cosa abandonada)³⁰. Así, la usucapión por parte de alguien, de una determinada tierra, dice de su abandono por parte de su anterior propietario, pues si aquel pudo adquirirla por usucapión, debe ser que éste nunca denunció usurpación ni intentó recuperarla por vía de interdicto o reivindicación, lo que permite asumir que, en efecto, la abandonó. Y de ahí que la usucapión —en tanto modo civil de adquirir la propiedad— no esté reñida con la garantía constitucional de respeto a la propiedad ni con el principio de seguridad jurídica³¹. Esto lleva a que, para los casos de reversión, el proceso de declaratoria de abandono tiene que estar normado por ley. La declaratoria debe ser el acto administrativo firme que causa estado respecto a la calidad de tierra abandonada, teniendo la reversión, al dominio del Estado —en su calidad de acto de mera ejecución—, el solo carácter de consecuencia obligada. Para que ello sea admisible por el pensamiento jurídico, deben estar claramente regladas por la ley las situaciones que configuran abandono, como presunciones sobre la falta de vo-

³⁰ Respecto a la opinión de Paulo, lo que sucede, en realidad, es que, antes de la apropiación por otro, el dueño arrepentido, que es quien más sabe del desamparo de la cosa, está en la misma situación de todas las demás personas, de poder ocupar lo que antes era suyo y ahora es un bien derelicto.

³¹ Compulsada la constitucionalidad del artículo 138 del Código Civil (usucapión decenal o extraordinaria), el Tribunal Constitucional afirmó que no es inconstitucional en cuanto a su contenido, puesto que dicha norma "señala la forma de adquirir la propiedad de una cosa por la posesión de la misma durante un tiempo prolongado, que en este caso, el legislador definió en 10 años. De lo que se colige que dicha norma no atenta contra la seguridad jurídica (...) por cuanto más bien mediante la posesión en el tiempo se llega a consolidar la propiedad sobre un fundo, lo que equivale a decir que la persona que ha estado en posesión de un inmueble por diez años de manera continua —lo que implica también la pacificidad de tal posesión que le ha permitido permanecer en el lugar durante ese lapso— puede demandar el reconocimiento de su derecho sobre el mismo" (STC 0024/2004, G.C. N.º 57, tomo I, marzo 2004).

luntad de conservar la propiedad mediante el trabajo³⁰ (artículo 166 de la Constitución). De hecho, cuando la lógica del saneamiento de un predio titulado concluye con una resolución modificatoria que valida la titularidad de dominio tan sólo respecto a las áreas que calificaron ante los parámetros legales respectivos (aprovechamiento efectivo, descanso, servidumbres ecológicas, proyección de crecimiento, etc.), y deja sin validar el resto de la extensión originalmente titulada, lo que jurídicamente está diciendo es que la propiedad de ese resto no ha sido conservada mediante el trabajo y, al decir ello, está emitiendo tácitamente una declaratoria de abandono con respecto a la parte no trabajada del predio³¹. En tal orden de ideas, como la determinación por ley del periodo de dejación es un elemento esencial para atribuir legalmente a un bien el estado de abandono, la racionalidad del artículo 242 del Reglamento de la Ley INRA apunta en la línea correcta al establecer que se otorgará menor área de proyección de crecimiento a dotaciones de mayor

³⁰ En esa racionalidad se fundaba el Decreto Supremo 05702, de 10 de febrero de 1961, luego elevado a rango de ley (Ley de 22 de diciembre de 1967), que disponía la reversión por abandono en el plazo de dos años, puesto que la Ley de Reforma Agraria (artículo 77) dotaba de tierras, “siempre que en el término de dos años [se] implanten trabajos agrícolas”.

³¹ La STC 0011/02 (G.C. N.º 32, febrero 2002), ya mencionada en la nota al pie 27, es de interpretarse en el sentido de que el Tribunal Constitucional, sin mayor elaboración, justificó el proceso de saneamiento en la institución del abandono (“la condición para el ejercicio del derecho de propiedad agraria es el trabajo y el límite a ese ejercicio es la ausencia de trabajo”), pues de otro modo no puede entenderse que dicho proceso haya salido bien librado del juicio de constitucionalidad. La elaboración jurídica era —y sigue siendo— tanto más indispensable por cuanto, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en que el abandono ha quedado normativamente confinado a las reglas de la prescripción adquisitiva de dominio, todavía en el derecho agrario no es infrecuente que se trate de presumir la vocación de renunciar a la propiedad, y donde el riesgo permanente contra la propiedad es el encubrimiento de figuras confiscatorias con el manto de presunciones legales que a su vez encubran calificaciones arbitrarias de dicha vocación.

antigüedad, y mayor a las menos antiguas³⁴. Para un tratamiento jurídicamente limpio —ergo sólido— de la institución, esa luz debe alumbrar el camino al establecimiento de los referentes objetivos de dirimencia administrativa y jurisdiccional en materia de abandono, señalando claramente: a) las situaciones legalmente prefiguradas de inactividad o dejación, y b) la duración de dichas situaciones para que puedan ser entendidas como abandono. En cuanto al primer punto, debe entenderse como abandonada, por exclusión, toda tierra no cubierta por los parámetros legales de aprovechamiento efectivo, descanso, servidumbres ecológicas, proyección de crecimiento y demás referidos en los párrafos pertinentes del modificado artículo 2 de la Ley INRA (ver glosa, punto 3.1). En cuanto al segundo punto, lo único que establece la ley en el modificado artículo 57 (ver glosa arriba) es el plazo abierto no inferior a los dos años que, para los predios saneados, encarga desarrollar a la potestad reglamentaria. Como se sugiere más adelante, podrían adoptarse los plazos de la prescripción corta (cinco años) y larga (diez años) del Código Civil. Pero aún queda el desafío de salir del atolladero de la contradicción en los términos que encierra este razonamiento circular en que nos sume la ley, a saber: sostener que cuando se incumple la FS (que incluye la modalidad FES) solo procede la expropiación (artículo 22.II de la Constitución) y no la reversión, puesto que, constitucionalmente, la reversión solo puede ser admitida en los casos de abandono, y donde la contradicción en los términos consiste en que, por exclusión, todas las hipótesis de abandono están calificadas por la ley (artículo 2) como causas de incumplimiento de la FS, lo que lleva a que, incluso, las tierras abandonadas tendrían que ser expropiadas y no revertidas, y que, al suponer el pago del valor comercial actual de las áreas

³⁴ Reglamento de la Ley INRA, artículo 242.I: "Se considera también como superficie que cumple la función económico-social, un área de proyección de crecimiento que se establecerá, tomando en cuenta la antigüedad de la emisión del Título Ejecutorial o del proceso agrario en trámite, en sentido de otorgar menor área de expansión a dotaciones de mayor antigüedad, además de la clasificación de la propiedad establecida en la ley vigente..."

jamás trabajadas, favorecería el enriquecimiento sin causa del expropiado, en agravio de toda la nación, que es la que finalmente eroga el pago; el mismo que, por lo demás, se efectuaría a título de indemnización ahí donde no hay nada que indemnizar. Al parecer, el punto de ruptura de ese razonamiento circular consistiría en el plazo del abandono y el momento de aplicación de la ley. Hay dos momentos: el del saneamiento y cuando las tierras ya están saneadas. Durante el proceso de saneamiento, las áreas que no califican ante los parámetros del artículo 2, incluyendo en su caso el de proyección de crecimiento, se revierten por abandono, bajo la elaboración jurídica de que entre la fecha del título y la de las pericias de campo ha transcurrido holgadamente el plazo de la prescripción corta (cinco años), cuando no el de la prescripción larga (diez años), por lo que en cualquier caso está probado el abandono y opera una suerte de usucapión ficta a favor de quien tiene el dominio eminente (el Estado). El fundamento: la necesidad de adoptar medidas excepcionales en vía de remediación histórica de un pasivo jurídico y social de carácter masivo, heredado del pasado, pues si la Ley INRA es esencialmente una ley de re-titulación a escala general, se debe al reconocimiento, también general, de que históricamente se repartieron las tierras con tanta prodigalidad y desorden como desaprensión respecto al sentido de equidad, a tal punto que vastas extensiones tituladas jamás fueron siquiera alinderadas por sus propietarios formales, sucediendo que al ir del papel al terreno lo frecuente es la superposición de derechos, en perjuicio de los mismos propietarios, y que muchos que realmente viven en el campo y del campo resultaron sin tierra alguna titulada, siendo que el carácter masivo de los problemas reclamaba una remediación histórica igualmente masiva a través de medidas excepcionales. El segundo momento es el de las tierras ya saneadas (tierras re-tituladas y tierras tituladas en justicia) y conlleva el retorno de las instituciones jurídicas a las reglas de la normalidad, en la medida en que importa la culminación de un régimen enteramente excepcional y que solo se justifica en tanto persiga y logre un estado de normalización general. Precisamente, como demostración de que valió la pena haber sometido a todo el país a un proceso tan cargado de implicancias para el desarrollo del sector rural, en este segundo momento la regla debe consistir en la estabilidad de los derechos. De manera que, cerrado el capítulo de la remediación his-

tórica, la tierra solo debería ser expropiada por causa de incumplimiento de la FS (que incluye la FES) o de utilidad pública, reduciéndose la institución del abandono a su cauce natural, a saber: el de configurarse jurídicamente sólo como correlato de la prescripción adquisitiva de dominio (usucapión) y que, en servicio del artículo 166 de la Constitución, será ejercida por alguien que adquiere la propiedad en virtud del trabajo, contra alguien que no supo conservarla mediante el trabajo.

- Llegados aquí —ya que toda reversión que no obedezca a una declaratoria de abandono según causales previamente calificadas por la ley sería inconstitucional en la medida en que constituiría una confiscación—, por razón de la marcha del Estado, en cuanto le fuese posible —y lo es solo en tanto no se quebrante el principio de reserva de ley—, la potestad reglamentaria tendría que hacer una lectura de lo que con los artículos bajo análisis quiere decir la ley, según lo que al respecto dice la Constitución, incluyendo las normas del bloque de constitucionalidad³⁵. Y lo que dice la Constitución es que solo procede la reversión sin indemnización alguna cuando se trata de propiedades abandonadas por sus titulares, pues al decir claramente que a nadie se le puede privar de sus bienes salvo expropiación en derecho, excluye el solo caso de la voluntaria renunciación patrimonial en que consiste el abandono. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "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 ley". Otra vez, esta norma solo deja al margen el caso del abandono, porque es el único en que no se priva a nadie de un bien, pues el

³⁵ "El intérprete, dice Radbruch, puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores, y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor; es más, tiene más inteligencia que su autor" (Cit. por ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. 3.ª ed. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1964, p. 255).

abandono importa que la propiedad es más bien relegada por su titular al baldío de la vacancia. La Convención —ratificada por Ley 1430, de 11 de febrero de 1993— es, por su contenido, parte del bloque de constitucionalidad³⁶, y el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en tal sentido³⁷. En suma, la reversión de la propiedad inmueble agraria al dominio originario de la nación —tal como a una lectura puramente literal aparece en la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria— sería manifiestamente contraria a la Constitución, pues la ley estaría sosteniendo la antinomia de que la FS a que se refiere el artículo 22.II de la Constitución es una categoría conceptual distinta a la FES referida en el artículo 169. Partiendo de tal insostenible distingo, la ley estaría concluyendo en que al incumplimiento de la FS le sigue una consecuencia de derecho totalmente distinta a la del incumplimiento de la FES, pues a lo primero le seguiría la expropiación (previa indemnización justa) y, no obstante la identidad de razón, a lo segundo la reversión (sin indemnización alguna). Pero ya se ha visto que, además de no sobrevivir al referente universal del derecho comparado, una interpretación restrictiva y excluyente del artículo 22.II de la Constitución no sobrevive ni al más elemental análisis lógico ni al más elemental análisis histórico, pues cierto como es que la Constitución no podría estar sosteniendo en el artículo 7.i el absurdo de que todas las personas tienen el derecho fundamental a la propiedad y, por lo tanto, no lo tienen las personas de la mediana propiedad y la empresa agraria (contradicción en los términos), ni podría estar sosteniendo en el artículo 22.II que garantiza a toda persona la expropiación con previa indemnización justa y, por tanto, a las personas de la mediana propiedad y la empresa agraria se les puede confiscar sin indemnización alguna (contradicción en los términos), también es cierto que, históricamente, en Bolivia el concepto comprensivo manejado por la legislación fue siempre el de función so-

³⁶ Sobre el fundamento y alcances del bloque de constitucionalidad, véase la STC 45/2006 (G.C. N.º 84, tomo I, junio 2006).

³⁷ STC 22/2006 (G.C. N.º 82, tomo I, abril 2006).

cial (véase la nota al pie 8 para una referencia del concepto de función social). Por lo demás, que —descontado el caso del abandono— el rechazo de la figura de reversión en tanto confiscación es de vieja data en la historia del derecho boliviano, lo prueba el hecho de que el Anteproyecto de Código Civil que preparó Ossorio³⁸ proponía en su artículo 426 la expropiación sin indemnización en dos casos: a) las que se acuerden con el voto mayoritario de cada una de las cámaras del Congreso (...), y b) cuando el propietario intenta destruir sus bienes gratuitamente³⁹. Sin embargo, ya en esos momentos dicha propuesta no pasó la prueba de la tradición jurídica nacional, y lo que se impuso fue el texto del artículo 108 del Código Civil ("La expropiación solo procede con pago de una justa y previa indemnización, en los casos siguientes: 1. Por causa de utilidad pública. 2. Cuando la propiedad no cumple una función social"). En cuanto al pensamiento jurídico del derecho comparado, resulta suficientemente ilustrativo remontarse hasta la época de las Partidas de Alfonso X (siglo XIII) para verificar que la institución jurídica del derecho de propiedad era respetada en el mismo grado en que se llamaba a respetar los alcances de la expropiación como institución jurídica:

... las cosas de un ome (...) si el Rey las ouise menester, por fazer dellas, o en ellas alguna labor, o alguna cosa que fuesse a pro comunal del Reyno, (...) castillo, o torre, o puente, o alguna otra cosa semejante destas, que tornasse a pro o a amparamiento de todos, o de algun señalada

³⁸ El Decreto Supremo de 1 de septiembre de 1941 encaró la necesidad de dotar al país de nuevas legislaciones civiles y penales. Así, se encargó al español, aunque residente en Buenos Aires, Ángel Ossorio y Gallardo, la redacción del Anteproyecto de Código Civil. Dice Romero Sandoval que Ossorio "cumplió su cometido sin moverse de la capital argentina y sin contar con los suficientes elementos de juicio sobre la realidad nacional" (ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho civil*, 4.ª ed. Cochabamba: Los Amigos del Libro, 1994, p. 100).

³⁹ Cit. por MORALES GUILLÉN, Carlos. *Código Civil concordado y anotado*. Tomo I. 3.ª ed. La Paz: Gisbert, 1991, p. 225.

damente (...) deuen fazer de una destas dos maneras: dandole cambio por ello primaramente, o comprandogelo segund que valiere⁴⁰.

- Finalmente, en cuanto a lo añadido al artículo 57.II ("Concluido el saneamiento respecto de cada propiedad, [el procedimiento de reversión] solo podrá aplicarse de manera periódica, después de dos (2) años a partir de la emisión del título ejecutorial o certificado de saneamiento. Las verificaciones posteriores de la función económico social, de cada propiedad, no podrán ser realizadas en plazos menores de dos (2) años"), caben los siguientes comentarios e inquietudes: a) Se entiende que la norma tiene por base constitucional el artículo 166 de la Constitución ("El trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria"). b) Páginas arriba ya se ha demostrado que solo como medida de remediación histórica de un problema masivo tiene sentido echar mano a la institución del abandono, que tal remediación queda agotada con el saneamiento y que para ese proceso calza la institución en la medida en que entre la fecha de los títulos y la del saneamiento calza el plazo corto de prescripción adquisitiva de dominio o usucapión (5 años), cuando no el largo (10 años). Normalizada la situación, la institución del abandono debería configurarse exclusivamente por correlato de la usucapión ejercida por un tercero —porque, de lo contrario, es imposible lograr seguridad jurídica y evitar distorsiones de corte confiscatorio, siendo esa la razón por la que universalmente la usucapión es el presupuesto del abandono—, y el artículo 166 debe ser leído a la luz del artículo 22, a saber: el trabajo es la fuente fundamental para la conservación de la propiedad agraria, porque es la forma fundamental en que puede cumplir su función social; por tanto, la propiedad que no sea trabajada será expropiada.

⁴⁰ Partida 3, título 18, ley 31.

3.3 Expropiación

Artículo 58. Expropiación. La expropiación de la propiedad agraria procede por causal de utilidad pública calificada por Ley o por incumplimiento de la función social en pequeñas propiedades a requerimiento de la comunidad y según reglamento de la presente Ley, previo pago de una justa indemnización, de conformidad con los artículos 22, parágrafo II y 165 de la Constitución Política del Estado.

Artículo 60. Indemnización.

- I. El monto de la indemnización por expropiación será establecido tomando en cuenta el valor de mercado de las tierras, mejoras, inversiones productivas o inversiones de conservación sobre el predio y otros criterios verificables mediante los instrumentos legales respectivos, fijados por la Superintendencia Agraria, que aseguren una justa indemnización.
- II. Alternativamente, los titulares afectados podrán solicitar ser indemnizados, parcial o totalmente, con extensiones de tierras cuyo valor de mercado sea equivalente al monto a ser compensado. En el monto a indemnizar será tomado en cuenta también el costo de la inversión realizada en los cultivos perennes y semiperennes existentes en la propiedad.
- III. El propietario cuyas tierras hayan sido expropiadas a través de una resolución ejecutoriada, no estará obligado a hacer entrega de las mismas hasta el pago total en efectivo o el cumplimiento previo de lo establecido en el parágrafo anterior.

Comentarios

- Otra vez, desde una lectura puramente literal, tal como está redactado el artículo 58 pareciera decir, o que en manifiesta discriminación negativa el artículo 22.II de la Constitución permite la expropiación solo tratándose de pequeñas propiedades y —en inadmisibles privilegios— no la tolera en la mediana propiedad y la empresa agropecuaria, o que para garantizar la propiedad privada dicho artículo prevé que solo las primeras se expropien previa indemnización justa y las segundas se confiscan, a despecho del artículo 7.i del propio texto constitucional (“Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: i) A la propiedad

privada, individual o colectivamente, siempre que cumpla una función social"). Como ninguna de esas lecturas aprueba el más elemental juicio de constitucionalidad, en sostén de la permanencia de dicho artículo (58) en el sistema jurídico nacional, solo cabría que la potestad reglamentaria lo leyera de la única manera en que a la luz de la Constitución podría ser leído, y que sería esta: que el artículo está diciendo que cuando se trate de expropiación de pequeñas propiedades ella solo procede si es a requerimiento de la respectiva comunidad, consistiendo en ello la innovación introducida, y que en el "y según reglamento de la presente Ley" la letra "y" no es copulativa sino disyuntiva, y se refiere a cómo se procederá tratándose de la expropiación de medianas propiedades y empresas agropecuarias. No tiene sentido detenerse en disquisiciones respecto a cuán forzada puede parecer esta lectura, porque, de cara a salvar el artículo reglamentándolo con respeto a la Constitución, el desafío consiste precisamente en forzar una lectura que contente al juicio de constitucionalidad. En términos de llevar la plástica de la potestad reglamentaria a su situación-límite de elasticidad, ¿sería esto aceptable, aduciendo que la potestad reglamentaria solo puede acompañar a la legislativa en la medida que ejercida dentro del fuero de la Constitución, y que acompañarla en lo manifiestamente inconstitucional no sería más que secundarla en una marcha conjunta hacia el despeñadero de la expulsión conjunta del sistema jurídico? Retomando la imagen de la maquinaria (el derecho) y la pieza (la ley), la salida jurídicamente limpia consistiría, más bien, en devolver la pieza al fabricante (el legislador), en la medida en que solo por ley se pueden calificar las causas de utilidad pública y solo por ley las de incumplimiento de la FS, como está claramente establecido en el artículo 22.II de la Constitución.

- Un aspecto conceptual de suma importancia en que el modificado artículo 58 (ver glosa arriba) muestra poca solvencia jurídica es que la calificación conforme a ley de la causa de expropiación no se refiere solo a la invocación de utilidad pública, sino también a la de incumplimiento de la FS. Y ello no porque así lo establece el propio artículo

22.II de la Constitución⁴¹, en que el término “calificada” juega —y solo puede jugar— con “utilidad pública” y “función social”, según sea el

-
- ⁴¹ Para que la institución de la expropiación sea operada con limpieza jurídica, se requiere: a) que la causa de utilidad pública o de incumplimiento de una FS sea calificada por ley; b) que dicha ley prevea el pago de una indemnización justa; y c) que dicha ley establezca un plazo a cuyo vencimiento el expropiado pueda recuperar el bien en caso de no habersele dado el destino o la calidad de explotación pertinentes. El plazo no fue normado ni por la Ley INRA, ni por la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria. La recuperación del bien opera como contra-sanción a la administración por falsa causa invocada, dándose por tal la no servida al vencimiento del plazo. Es la retroversión por incumplimiento de la *causa expropriandi*, que se conoce en la doctrina como reemplazo, retrocesión, reexpropiación, remisión de la expropiación o reversión. La doctrina boliviana la conoce como retroversión (así, ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derechos reales*. 3.ª ed. Cochabamba: Los Amigos del Libro, 1996, p. 144), el artículo 108.III del Código Civil como retracción, y el lenguaje forense usual como reversión de la expropiación. En el caso de las expropiaciones municipales, el plazo para la destinación del bien expropiado es de dos años (artículo 125 de la Ley de Municipalidades). Como todo el fundamento de la expropiación nace de la superioridad del interés general sobre el particular, la Ley, aún vigente, de 30 de diciembre de 1884 (Ley de expropiación por causa de utilidad pública), faculta al afectado a acudir a la vía contencioso administrativa para contestar la “necesidad de que el todo o parte de una propiedad deba ser cedida para la ejecución de las obras públicas” (artículo 38), dando así competencia al Poder Judicial para que resuelva sobre la debida invocación del interés general hecho por la Administración. Ni en la Ley INRA ni en la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria está previsto el plazo de retroversión, lo que, al atentar contra los artículos 7.i y 22.II de la Constitución, podría llevar a la aplicación por analogía del plazo de dos años previsto por la Ley de Municipalidades. El fundamento es que “el derecho de [retroversión] se ancla en la esencia misma de la expropiación, en su configuración constitucional como un puro instrumento de realizar fines específicos de utilidad pública o interés social” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. 8.ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 327); de ahí que los tribunales, ejerciendo la función integradora que les compete, debieran llenar las lagunas de la legislación agraria aplicando a las expropiaciones de la materia el plazo de dos años previsto por la Ley de Municipalidades.

caso, sino porque en raciocinio jurídico sólo así podía establecerlo, ya que, a efectos de garantizar la propiedad, debe garantizarse que la expropiación obedezca solo y exclusivamente a una causa calificada conforme a ley. Por lo demás, el artículo 108.II del Código Civil no deja lugar a dudas al respecto: "La utilidad pública y el incumplimiento de una función social se califican con arreglo a leyes especiales, las mismas que regulan las condiciones y el procedimiento para la expropiación". En el caso de la utilidad pública, las causales están debidamente previstas por el artículo 59.I de la Ley INRA⁴², en resguardo de la reserva de ley establecida por el artículo 22.II de la Constitución para el caso específico del derecho de propiedad, alcanzando dicha reserva a la generalidad de los derechos fundamentales consagrados por el artículo 7 de la misma⁴³, siendo uno de ellos el de la propiedad (7.i). Exactamente, de la misma manera debe procederse respecto a las causales de expropiación por incumplimiento de la FS. Establecido, como está, que la FS incluye la modalidad FES, es claro que desde las reformas de 1961 la Constitución franquea la expropiación por incumplimiento de la FS. Sin embargo, no existe tradición jurídica sobre el uso de esta herramienta. De hecho, leyes muy posteriores a las reformas de 1961 —como la Ley 1777, de 17 de marzo de 1997 (Código de Minería), y la Ley 2028, de 28 de octubre de 1999 (Ley de Municipalidades)— regulan solo la expropiación por causa de utilidad pública (artículos 24 y 60 de la primera y 122 de la segunda). De modo que dichas leyes guardan organicidad con respecto al Decreto de 4 de abril de 1879, elevado a Ley de 30 de diciembre de 1884, pero no acuden a poner en uso la expropiación por causa de incumplimiento de la FS. En correcta aplicación, para que esta herramienta pueda ser usada se requiere: a) una ley de la República que imponga a los pro-

⁴² Ley INRA, artículo 59.I: "Son causas de utilidad pública: 1. El reagrupamiento y la redistribución de la tierra; 2. La conservación y protección de la biodiversidad; y 3. La realización de obras de interés público".

⁴³ Respecto al significado jurídico de la frase "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" (artículo 7 de la Constitución), véase la STC 004/01 (G.C. N.º 19, enero 2001).

pietarios de una generalidad de bienes (tierras agrarias, en este caso) un deber jurídico concreto consistente en obligaciones de hacer o no hacer; b) que prevea el otorgamiento de un plazo razonable para el cumplimiento del deber jurídico impuesto, y c) que establezca en términos claros e inequívocos la expropiación como una sanción al incumplimiento dentro del plazo. Esto explica que en la doctrina se conozca a la expropiación por incumplimiento de la FS como una "expropiación-sanción", pues, como dice la exposición de motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de España (1954), "la expropiación viene motivada jurídicamente por el incumplimiento, por parte del propietario, de aquella finalidad que con generalidad ha asignado la ley a determinados bienes"⁴⁴. La generalidad se extiende, en este caso, a todas las tierras agrarias. De hecho, mientras que en la expropiación por causa de utilidad pública dicha causa la explica por entero (la utilidad pública en sí), la que obedece a un incumplimiento de la FS no puede explicarse, en raciocinio jurídico, sino como una sanción, desde que es a falta de cumplimiento de una exigencia de ley que se la impone. En cuanto al requisito del plazo, tiene su explicación —también siguiendo la ley española— en que "el interés de la administración se centra en conseguir que, efectivamente, el fin se cumpla sin extraer la propiedad del marco jurídico de la economía privada". Es claro que contemplar en la ley un plazo que no sea razonablemente suficiente para satisfacer las obligaciones impuestas, supone el designio o la torpeza de apuntar a la sanción en sí y no al cumplimiento del deber jurídico prescrito; y, tanto como ello desnaturalizaría la institución e implicaría aplicarla en mala fe, la tomaría inconstitucional. En suma, visto que la expropiación por incumplimiento de la FS importa una sanción, hay doble motivo para que la calificación de la causa esté reservada a ley; a saber: el de constituir una limitación legal a un derecho fundamental —como es la propiedad— y el de constituir una sanción administrativa.

⁴⁴ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. 8.ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 337 y ss.

- Un ejemplo de normas sólidas, porque son jurídicamente limpias, son los tres párrafos del artículo 60 de la Ley INRA, reformulado por la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria (ver glosa, arriba). Su limpieza consiste en que del texto fluye una racionalidad jurídica clara y que condice con el ejercicio de la función normativa en apego a los principios de buena fe, sano propósito y sentido de justicia. En abono a la solidez de las demás normas de la misma ley, la potestad reglamentaria solo puede leerlas y desarrollarlas, hasta donde se lo permita la reserva de ley, bajo la orientación de los principios que en este artículo le ha dejado el legislador.

3.4 Saneamiento

Artículo 66. Finalidades.

1. El saneamiento tiene las siguientes finalidades:

(...)

8. La reversión de predios que contando con título exento de vicios de nulidad no cumplan total o parcialmente con la función económico-social.

Comentarios

- Otra vez, para ser constitucional, el inciso 8 sólo puede leerse por la potestad reglamentaria como reversión en tanto y en cuanto tierras declaradas en debido proceso en estado de abandono, lo que, para evitar el acto arbitrario, lleva a la necesidad de establecer legalmente, es decir, mediante Ley de la República: a) las situaciones de inactividad o dejación que autoricen a atribuir el estado de abandono a una propiedad agraria; y b) la duración de esas situaciones para que tal estado sea atribuido. Todo caso de incumplimiento de la FES que sea distinto al abandono, constitucionalmente sólo puede ser materia de expropiación (artículos 7.i y 22.II de la Constitución, y artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrante del bloque de constitucionalidad). Como ya se ha reiterado en puntos anteriores, por un lado —y en virtud del principio de reserva de ley—, la forma de normar limpiamente el abandono es que el legislador haga la tarea; y por otro, el abandono reglado sólo halla explicación, en pensamiento jurídico, si es limitado a aplicarse en la fase de remediación histórica

(proceso de saneamiento), para ser devuelto al cauce natural de configurarse por correlato de la usucapión por tercero; porque siendo la única forma de estar seguros de que no será desviado a la confiscación encubierta, es la única forma de brindar seguridad jurídica al derecho de propiedad.

4. Palabras finales

Si "institucionalizar los cambios" ha sido históricamente la consigna de todo proceso de cambios con vocación de permanencia, ello se debe a la constatación de que siempre han perdurado en la historia solo los cambios que lograron insertarse orgánicamente en el sistema jurídico general. Al decir de Heller,

No hay factor alguno de integración del Estado que sea más imprescindible que el derecho. (...) Al carácter formador de poder del derecho corresponde el carácter creador de derecho del poder. (...) Claro es que esa voluntad del Estado no puede considerársela como no ligada por normas, pues de lo contrario también se vería privada de poder⁴⁵.

La Ley de Reconducción de la Reforma Agraria presenta flancos vitales que, en propio interés del poder, deberían ser reconducidos al derecho. Así, a una lectura puramente literal de los artículos 2.XI, 51, 52, 58 (en la medida en que no incluye la expropiación de la mediana propiedad y la empresa agraria) y 66.I.8 del texto actual de la Ley IN-RA, según las modificaciones introducidas, resulta evidente que no engranan con piezas de mando fundamentales de la maquinaria, como son los derechos y garantías fundamentales consagrados en los artículos 7.i y 22, respectivamente, de la Constitución, y en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁵ HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. 7.^a reimp. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 212-213.