

## LA COMUNIDAD INDIGENA EN NUESTRO DERECHO

El problema campesino o indígena es uno de los más espinosos de la realidad nacional. Se traduce en una evidente desintegración del país y es uno de los más complejos y difíciles factores de nuestro subdesarrollo.

Dentro de la consideración del problema no sólo se yuxtaponen elementos culturales diversos (las normas jurídicas de corte occidental y la realidad ancestral de una civilización tradicional), sino que además intervienen profusamente la literatura y la demagogia política. El tema del indio ha sido y es motivo importante de la exaltación de numerosos escritores y objeto electoral de aún más numerosos dirigentes políticos. Y ello no sería problema sustancial ni debiera preocuparnos, si no fuera porque estas perspectivas — la literaria y la política — se entrecruzan demasiado frecuentemente, cuando se considera o se pretende considerar el problema **jurídicamente**. En otros términos, uno de los mayores obstáculos para afrontar este tema con lucidez, es que no se ha delimitado — en la práctica — la magnitud y las fronteras estrictamente jurídicas del problema. Y aquí reconocemos las limitaciones de muy buena parte de la bibliografía existente a este respecto.

Pero fuera de los aspectos formales del problema, el contenido jurídico mismo es complicado. Se constata en la realidad que nuestro ordenamiento legal tiene grandes vacíos en cuanto a su aplicabilidad. Grandes sectores nacionales viven fuera de él; no por transgredirlo sino por ignorarlo y por tener formas consuetudinarias propias. En general, todas las formas de relación en las zonas rurales del país obedecen a principios y usos distintos a aquellos que el derecho occidental hace regir en nuestros códigos.

Muy probablemente la causa de este fenómeno está en que no se ha hecho una adaptación del derecho a nuestra realidad — diversa y compleja. — No se ha pensado el derecho nacional en términos nacionales. Quizá no se ha considerado suficientemente en la legislación, las instituciones sociales existentes ancestralmente, y que

conservan toda validez y obligatoriedad, aún cuando no estén promulgadas ni escritas. Es claro que hay grandes sectores de realidad — y de población, — modos de ser existentes, no asumidos por el derecho peruano.

Creemos que el afrontamiento de este sector de nuestra problemática jurídica propia, tiene capital importancia. Porque no se puede seguir pensando y trabajando por el desarrollo nacional, si se mantienen esas islas de cultura aborígen en un aislamiento perjudicial. Se trata de que todo el país esté en condiciones activas de participar en el desarrollo, de lograr por sí mismo el proceso de cambio necesario. La integración nacional es condición del desarrollo. Proponemos el cambio social que debe incluir lo que se conoce como “el problema indígena” o no será tal.

La legislación sobre la comunidad indígena es pobre y deficiente. Es necesario superarla críticamente. A este tema y sus implicancias queremos referirnos en el presente trabajo, en el cual hemos tratado de recoger la mayor parte de los aportes bibliográficos existentes sobre la materia.

### 1. CRITICAS A LA LEGISLACION, POR SUS CONSECUENCIAS SOCIALES

Numerosísimas críticas tiene la legislación vigente; y desde diversas y muy distintas posiciones. Vamos a recogerlas sintéticamente y hacer una evaluación. Apenas publicado el proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil ya hubo una voz de protesta clara:

“Estancar la propiedad; crear grupos de propietarios incapaces, es atentar contra el buen gobierno y contra los intereses esenciales del país para el que nada representarán esos propietarios inútiles que dejan languidecer el acervo y que conformándose con lo poco que espontáneamente les reditúa la tierra, llegan a atrofiarse paralelamente a su propiedad, intensificando su tendencia al aislamiento y a cierto egoísmo antisocial, que los inutiliza del todo y los hace improductivos igual que

sus tierras. Hay que dejar al indio que venda como le parezca. Así se forma al propietario" (1).

Nos parece que en esta argumentación hay que separar dos aspectos fundamentales. La protección ha tenido graves consecuencias aislacionistas: las miles de comunidades y su situación socioeconómica no requieren de mayor probanza. Pero pretender que lo que se hubo de hacer era entregar propiedad individual a cada campesino o comunero para que se formase "propietario" es una ingenuidad que hubiera tenido como consecuencia el enriquecimiento aún mayor de los grandes latifundios.

Como lo señala Bedregal, aunque de modo poco claro, (2) el Código Civil no tiene eficacia práctica alguna, salvo la de aislar a las comunidades, postergando una solución definitiva, cuyo sentido no quiere decidirse. Asimismo, es claro que los debatidos seis artículos de la Constitución garantizan la inalienabilidad pero mantienen la situación de las comunidades, como poniéndolas en un paréntesis.

De otro lado, la legislación ha sido vacilante y contradictoria. Mientras la R. S. 154 de 11 - 10 - 62 (3), trataba de acelerar los trámites y elevar las facilidades para la parcelación de tierras comunales en unidades familiares de usufructo privado, el artículo 74º del Código Civil y el vigente Estatuto parecen propender a la explotación comunitaria. En determinados momentos, incluso se ha permitido la "formación" (no el simple reconocimiento) de "comunidades" que prácticamente se creaban al amparo de la legislación que no lo impedía; no parecía ser éste el espíritu de la Constitución, que se dirigía a reconocer instituciones ya existentes.

Como ha señalado Luis Córdova (4), la imprescriptibilidad ha funcionado por falta de precisión legal al respecto, también para las tierras que la comunidad adqui-

riese. El, que piensa que las comunidades son una rémora para el desarrollo nacional, postula su desaparición y la difusión de la propiedad privada. Pero tal opinión la veremos más adelante.

Nos parece que no ha habido una decisión básica en nuestra legislación: proteccionismo sí, pero ¿hacia dónde? ¿para qué? Señala Chávez Molina, dándole una interpretación a la política tutelar por la cual la propiedad es inalienable:

"Si se prohíbe enajenar sus tierras al indígena, durante un plazo prudencial, es con el objeto de que aprenda el ejercicio de la propiedad (...)

No se ha pensado lo grave que es sostener una propiedad disminuida e inmovilizada, so pretexto de proteger al indio, considerando con criterio estático, problemas que son dinámicos" (5).

Y es evidente que esta legislación timorata ha tenido consecuencias agravantes del problema, dilatado inútilmente. No sólo el usufructo no es suficiente motivación para el aprovechamiento individual, sino que la explotación comunal se ha debilitado. Paralelamente han seguido operando, de espaldas a las prohibiciones legales, toda suerte de actos jurídicos sobre las propiedades comunales: división de tierras, sucesión, arrendamiento, cesión, venta, permuta, etc. (6).

En un artículo que consideramos de bastante interés, Carlos Cuadros y Villena (7), hace una interpretación del espíritu de la legislación que hasta ahora ha regido a nuestras comunidades. Distinguiéndola de la legislación que va desde el comienzo de la República y dura medio siglo, de carácter liberal e individualista, basada en la "autonomía de la voluntad"; considera que la actual legislación es fruto de "la tendencia nacionalista del derecho", en la cual prevalecen los criterios de orden público e interés social. Para Cuadros ambas han fracasado. Considera que las normas vigentes consideran al indio desigual y "protegiéndolo" lo disminuyen y mantienen retrasado, negándole capacidad creadora. En apre-

1 León, Carlos Aurelio, *El problema indígena en el Perú, algunas de sus modalidades*, en: La Revista del Foro, órgano del Colegio de Abogados, año XI, Lima, octubre, noviembre y diciembre de 1924, Nos. 10 - 11 y 12, pág. 383.

2 Bedregal, Germán, *Nueva Organización de la Comunidad Indígena*, en: Revista Universitaria; año XXXVII, segundo semestre de 1948, N° 95, Cuzco, 1948, pág. 253 - 254.

3 Alvarez Beltrán, Carlos M., *Estatuto de Comunidades Indígenas del Perú*, Ed. Escolar "Cabrera", Trujillo, 1964, pág. 95 - 97.

4 Córdova, Luis F., *La propiedad de las comunidades indígenas*, en: Revista del Foro, órgano del Colegio de Abogados de Lima, año XXXIX, setiembre-diciembre de 1952, N° 3, pág. 428.

5 Chávez Molina, Juan, *La comunidad indígena, estudio económico, social y jurídico*, en: Revista, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, en 1955, Nos. 41 - 42 pág. 28 y 31.

6 Solís Vásquez, Mario A., *El sentido actual de las comunidades indígenas*, en: Revista Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 1, abril - junio de 1954, Lima, p. 69.

7 Cuadros y Villena, Carlos Ferdinand, *Análisis crítico de La Legislación Peruana Tutelar del Indio*, separata de la Revista del Foro, año XLIII, N° 3, Lima, 1957, 15 págs. pág. 3, 8 y 9.

ciación que supera nuestros límites de estudio, el autor piensa que esta legislación es premeditado fruto de una voluntad burguesa de sometimiento del indígena.

— La primera conclusión, pues, que sacamos sobre la legislación vigente es que ésta no ha partido de la realidad concreta de nuestras comunidades. Ya en 1918 Bustamante Cisneros señalaba lo que aún sigue siendo válido:

“Y es que nuestros legisladores no han llegado aún a comprender, cuán necesario es saber cuál es el grado de cultura y preparación del pueblo que va a obedecer una ley; cuán conveniente es conocer cuál es su carácter y su manera de ser; cuáles son sus usos y costumbres, sus tendencias, sus aspiraciones y sus intereses, ya que de otra manera la ley que no consulte estos elementos sociales, no podrá nunca prosperar, y tendrá que ser, como las leyes que sobre comunidades de indígenas se han dado, leyes yuxtapuestas, inapropiadas, incumplidas, inaplicables, leyes que han caído en el vacío y que son letra muerta (...)

... la exigencia de una lógica desarticulada de la realidad los haya llevado (...) lo que es más grave, a olvidar las diferencias regionales que entre nosotros han generado la conocida fragmentación del territorio y la variedad étnica de nuestra población” (8).

— La segunda conclusión es que se ha legislado a la comunidad indígena sin sentido prospectivo, con un sentido protector que, sin horizonte, ha funcionado como aislacionista.

— En tercer lugar, debemos subrayar que los problemas jurídicos creados por el incumplimiento de la ley (provocado por el carácter inadecuado de ella misma), son sumamente graves.

En síntesis, si bien la legislación proteccionista o tutelar ha sabido proteger cuando menos parcialmente los rezagos de una cultura ancestral, para que sus miembros no sean totalmente despojados (lo que es un excelente propósito), esta legislación es insuficiente, porque no ha significado posibilidades de desarrollo y promoción para estos núcleos campesinos. Las mismas medidas de protección han servido de freno al cambio económico y social necesario.

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD INDÍGENA

Para algunos estudiosos del tema (9), los elementos constitutivos de la comunidad indígena jurídicamente

8 Bustamante Cisneros, Ricardo, *Condición jurídica de las Comunidades de indígenas en el Perú*, Tesis para

se pueden reducir a: materiales y formales. Dentro de los primeros están la tierra en usufructo y la población, los comuneros; los segundos son las normas reguladoras y la organización comunal. Según estos autores, la comunidad procede del estado de los bienes; sería éste el elemento generador de la persona. Manuel Villarán (10) prefiere reducir sustancialmente los elementos a tierra y personas. Ambos son determinantes para la existencia social de la comunidad, sustrato de la persona jurídica. Al respecto, recordamos que nuestra jurisprudencia administrativa conoce de comunidades actualmente sin tierras (por haberlas perdido en juicio, generalmente) y que subsisten como personas jurídicas. Y debemos observar la precisión hecha con originalidad por el nuevo Estatuto de Comunidades sobre el trabajo colectivo y los sistemas de cooperación, como elemento fundamental de la existencia comunal.

Berrospi en su tesis sobre la propiedad en una comunidad indígena, nos hace una interesante apreciación sobre el elemento que es el comunero en esta persona jurídica, y su diferencia con los miembros usuales de las otras personas:

“Mientras en las otras personas jurídicas existe una independencia marcada entre la unidad jurídica que es diversa a la pluralidad de sus componentes, en la Comunidad la persona física es elemento instituíble, no está desligada, no es independiente de la vida del ente jurídico” (11).

Para César Antonio Ugarte, el número de elementos definitorios de la comunidad, es mayor. El considera (12) que son los siguientes: 1) propiedad colectiva de las tierras cultivadas por el ayllu; 2) propiedad individual e intransferible de los lotes cultivables por los jefes de familia; 3) posesión común de las tierras de pasto; 4)

optar el grado de Bachiller en Jurisprudencia. U. N. M. de San Marcos — págs. 110-111.

9 Córdor, Pedro, *Personalidad y capacidad jurídica de las comunidades indígenas*, tesis de Br. en Derecho, Pont. Universidad Católica, Lima, 1943, pág. 19.

10 Villarán, Manuel Vicente, *El problema indígena*, cit. por Condor, Pedro, op. cit., pág. 18.

11 Berropsi, Saturnino, *La Propiedad en la Comunidad de Indígenas de Cochabamba*, Tesis de grado de Bachiller en Derecho, U. N. M. de San Marcos, Lima, 1957, texto mecanografiado, 100 págs. pág. 38.

12 Ugarte, César A., *Antecedentes históricos del Régimen Agrario Peruano*, cit. por: Valcárcel, Anteproyecto de Estatuto Legal de Comunidades, Tesis, de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1950, texto mecanografiado, 46 págs., pág. 6.

cooperación colectiva para el trabajo; 5) apropiación individual de cosechas y frutos. Sin discutir lo completo de la enumeración, como veremos inmediatamente, la realidad misma discute algunos de estos elementos. El primero, propiedad colectiva de tierras cultivadas por toda la comunidad, prácticamente ha desaparecido. En cuanto al segundo, los lotes cultivados por los jefes de familia, la propiedad es individual, pero **de hecho**, transferible. Y así, sucesivamente.

Concordamos con Alvarez Beltrán, al decir éste (13) que nuestra comunidad es esencialmente agraria, es decir que es “la apropiación colectiva del suelo, lo que es su característica”, lo que da a ella su esencia. En cambio, no compartimos la documentada opinión del doctor Jorge Eugenio Castañeda, quien reiteradamente ha sostenido que el indio es propietario de la tierra que posee (14). Este autor, basándose en el decreto supremo del 8 de abril de 1824, la ley de 31 de marzo de 1828, y la resolución legislativa del 30 de octubre de 1893, interpreta que en materia de propiedad, la legislación republicana hizo un distinguo en cuanto al carácter del sujeto del derecho. Y así, habría creado la ley una excepción para los indios, pues tratándose de éstos la posesión equivaldría a título de propiedad. Obsérvese que no es una mera presunción, sino la prueba plena de un derecho. Aun cuando pueda ser sostenible la original interpretación que hace Castañeda de los mencionados textos, nos parece que pretender su validez es totalmente extemporáneo. Pues el derecho sucesivo y vigente ha dictado principios en todo caso distintos, a los que pudieran haberse derivado de la ley anterior. Aunque no hemos profundizado demasiado en la materia, consideramos de interés meramente histórico hacer una exégesis de esas disposiciones. Tal análisis podría llevarnos probablemente a la conclusión de que hubo errores de técnica legislativa, puesto que la legislación del siglo pasado dista mucho de ser protectora o avanzada respecto de las comunidades. En cualquier caso, la **marcha de la doctrina y la jurisprudencia** ha ido, durante todos estos años, por vía totalmente distinta.

Del mismo modo, no coincidimos con Pedro Córdor (15) quien piensa que la comunidad indígena es en nuestro derecho, de carácter complejo, porque “participa del derecho privado y público, del civil y del comercial”.

13 Alvarez Beltrán, op. cit. pág. 5.

14 Castañeda, Jorge E., *El indio es propietario de la tierra que posee*, en: Revista de Derecho de San Marcos, 1952, págs. 187 - 199.

15 Córdor, Pedro, op. cit., pág. 83 - 85.

Pensamos que la comunidad es típicamente **en nuestro derecho positivo**, una institución de derecho privado, cuya forma jurídica es distinta y aparte, de la asociación y de la sociedad civil y por tanto, no puede ser superpuesta o asimilada a éstas. Quisiéramos subrayar respecto de los elementos, los que surgen de la legislación: comuneros, trabajo colectivo o de ayuda mutua y propiedad común. Con referencia a esta última, como sabemos, goza de un régimen protector y simultáneamente restrictivo, que es sin duda característico de la institución en nuestro orden jurídico.

Si en algo hay que encontrar un carácter sui generis a la comunidad indígena, no es en algún rasgo predominante de la legislación, puesto que aun cuando constituye una forma especial de nuestro derecho, no es en modo alguno, una forma atípica respecto de la doctrina universal sobre persona jurídica. La originalidad de esta persona jurídica, en nuestro concepto, hay que ubicarla en su jurídica razón de ser. El ya citado Berrospi, lo explica del modo siguiente:

“La naturaleza de la persona jurídica como la Comunidad de Indígenas, no es una ficción legal, no es un sujeto pensado, no es tampoco una muchedumbre pensada como unidad, es un hecho, es la constatación de una realidad, es la jerarquización valorativa alcanzada, conquistada en los siglos, por la marca y el ayllu. Es el reconocimiento de su unidad jurídica como algo diverso de sus componentes, pero sobre ellos reposa, sin ellos no existe. La Comunidad de Indígenas es la reconquista del ayllu en la conciencia del pueblo de Perú, para su consideración como persona dentro de su ordenamiento legal.” (16)

Es, pues, el ser un rezago cultural, lo que plantea, a nuestro modo de ver, las mayores dificultades. En última instancia, la explicación de este problema está en la dicotomía cultural del país, aún no superada. La comunidad es un típico elemento supérstite, respecto de nuestra cultura ancestral. Quizá con el quechua, uno de los elementos culturales más persistentes. El derecho positivo es en nuestro país un elemento “occidental”, traído por “la cultura blanca”. Cuando la inadaptación es más patente —al principio de la república— se trata de “disolver legalmente” a la comunidad (17). Luego, ante la realidad, se le acepta y se le da una forma jurídica apar-

16 Berrospi, op. cit. pág. 39.

17 Véase a este respecto, Solís Bravo, Pablo, *Contribución a la evolución jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*. Tesis de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1964, texto mimeografiado, 184 págs.

te. Y nuestro derecho, así, se adapta a una institución "del otro Perú". Pero, como veremos a continuación con el examen de algunos casos reales, la adaptación es aún lejana.

### 3. REALIDAD SOCIO - JURIDICA DE NUESTRAS COMUNIDADES

¿Qué significado cobran las disposiciones vigentes, en la realidad? ¿Qué problema jurídicos viven las comunidades indígenas? A partir de algunas investigaciones antropológicas, y las constataciones de algunos autores, trataremos de responder a estas interrogantes. Evidentemente, buscaremos respuestas-tipo, porque la complejidad es enorme.

a) Empezaremos por **datos de tipo cuantitativo**. Según el censo de 1940, existían 4,514 comunidades; de las cuales estaban reconocidas en 1958 — dieciocho años después — sólo 1,518, según informe del Instituto de Etnología de San Marcos (18). Si nos atenemos a los datos recogidos por Rafael Huamán Centeno (19), en octubre de 1962, se habían reconocido ante la administración pública, 1,633 comunidades; y quedaban como no reconocidas, alrededor de 5,000. Dos conclusiones nos interesa retener de estas cifras: el número de comunidades aumenta con el tiempo; sólo una cuarta parte de las comunidades que de hecho lo son, gozan del reconocimiento legal, para serlo jurídicamente. Este segundo dato es muy importante, porque nos indica hasta qué punto el trámite administrativo que nuestra legislación ha establecido como obligatorio para la inscripción, deja en la práctica fuera de los alcances del régimen especial a la abrumadora mayoría de comunidades, para las cuales existe dicho régimen.

Según el Informe del Instituto de Etnología de la Facultad de Letras de la Universidad de San Marcos, al que hemos hecho referencia, "existe toda una gradiente cultural en la forma de vida de estas agrupaciones". Y basta recorrer el país para comprobar lo exacto de esta afirmación. Como señala un autor (20), la primera diferenciación que a grandes rasgos podemos hacer, está en

función de nuestras regiones: las comunidades del Centro están sumamente aculturadas y en estado económico — algunas de ellas — floreciente. En cambio en el Sur, al ignorancia de la cultura criolla y la escasez de recursos económicos se conjugan para crear una situación de miseria y atraso general. Asimismo se comprueba que las diferencias no son sólo de una región a otra. Al interior de una misma zona distrital incluso, las diferencias de una comunidad a otra frecuentemente son muy grandes. La cercanía de la carretera, la migración y otros factores, hacen variar el grado de aculturación.

Debemos agregar que se reconoce como constante que, en la medida en la cual la comunidad se va aculturando y progresa económicamente, el sentimiento de propiedad comunal e incluso el de comunidad, se van perdiendo. Sin embargo, existen casos como el de la famosa comunidad de Muquiyauyo en Junín, que, a pesar de haber constituido con otras, una central eléctrica, bajo la forma de una sociedad anónima, ha mantenido la vigencia comunal en su vida cotidiana. Reflexión similar cabe sobre la comunidad de Vicos, en Carhuaz, que fue objeto desde 1951 del proyecto Perú - Cornell. Por convenio firmado entre el Instituto Indigenista Peruano y la Universidad de Cornell, esta comunidad ha atravesado un orientado proceso de evolución cultural, por el cual ha llegado a altos rendimientos económicos. Sin embargo, se ha cuidado mucho preservar íntegra la esencia comunitaria y robustecerla.

b) En lo que se refiere a **la vigencia de las disposiciones legislativas**, puede generalizarse sin temor, lo que nos refieren los antropólogos Galdo y Martínez (21), respecto de la comunidad reconocida de Yancao, en la provincia de Chancay: se acepta el Estatuto de Comunidades, pero se le interpreta libremente, de acuerdo a los usos y la tradición comunal. Y esto, supone ya el conocimiento de este cuerpo orgánico; a menudo ni siquiera se conoce de su existencia, o la del reciente Estatuto.

En el caso de Pacaraos, por ejemplo, una comunidad al norte de Lima que ha sido estudiada en profundidad,

cho, órgano del Ilustre Colegio de Abogados del Cuzco, 1959, págs. 39 y 40.

21 Galdo, Raúl y Héctor Martínez, Yancao; en *Sociedad, cultura y economía en 10 áreas andino-peruanas*, en colaboración: José Arquino, Francisco Boluarte, César Fonseca, Raúl Galdo, Humberto Ghersi, Héctor Martínez, Juan Murrugarra y Rolando Tuopaud, Ministerio de Trabajo y Comunidades, Instituto Indigenista Peruano, Serie Monográfica N° 17, Lima, octubre de 1966, pág. 21.

18 *Las Actuales Comunidades de Indígenas*. Huarochirí en 1955, en colaboración: José Matos, Teresa Guillén de Boluarte, Julio Cotler, Eduardo Soler y Francisco Boluarte, Instituto de Etnología, Universidad de San Marcos, Lima, 1959. p. 12 y ss.

19 Huamán Centeno, Rafael, *Comunidades Indígenas y Reforma Agraria*, Lima, 1963, pág. 49.

20 Ayerbe, Antonio. *Las comunidades indígenas y las disposiciones de la Constitución*, en: Revista de Dere-

sabemos que el número de autoridades, los cargos y el sistema jurisdiccional, son enteramente propios de la comunidad. Así, existen dos “alguaciles”, y también cuatro “regidores”; la función de estos últimos está en el control de los “daños” producidos por el ganado que entra en cultivo ajeno, y en informar al presidente de la comunidad, que actúa sobre estos incidentes, en primera instancia. (22).

De modo similar, es muy frecuente lo que nos refiere el estudio que venimos citando, respecto de las relaciones entre presidente y personero, cargos directivos de la comunidad cuyas diferencias funcionales no son percibidas en la práctica:

“El único conflicto que se crea con el nuevo sistema de autoridades está dado entre el presidente y el personero: “es el presidente el que manda cuando tiene carácter; si no, manda el personero”, dijo, al respecto, un informante, opinión corroborada por otros informantes.

El problema no parece residir realmente tanto en la falta o no de carácter, sino en el prestigio. El cargo de personero tiene una duración de cuatro años y por tanto se halla más familiarizado con las gestiones que realiza la comunidad ante las autoridades nacionales; además, parece que goza de mayor influencia por ser el representante de la comunidad en centros que, como la capital de la República, gozan de prestigio. Influye, por último, el nivel de instrucción del personero, por lo general, mayor que el del presidente. En el nivel profundo, sin embargo, puede asegurarse que el conflicto es creado por el origen mismo del cargo: el personero representa la autoridad moderna, el presidente la tradicional, pues que, como se ha indicado, éste es en realidad el antiguo Alcalde Vara con una nueva denominación.” (23)

El mismo autor nos indica que la ratificación del personero por la administración pública, trámite que carece de base y justificación jurídicas, ha motivado que algunas comunidades en lugar de optar por el reconocimiento de tal forma jurídica, hayan preferido la sindicalización, forma dentro de la cual pueden elegir libremente a sus dirigentes (24). Aquí encontramos una nueva forma de distorsión sufrida por el régimen que pretende amparar a las comunidades indígenas, y producida por un absurdo dispositivo de control político.

22 Mendizábal Losack, Emilio, *Pacaraos: una comunidad en la parte alta del valle de Chancay*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Departamento de Antropología, Lima, 1964, pág. 50 y 51.

23 *Ibíd.*, pág. 57.

24 Mendizábal Losack, op. cit. pág. 57.

c) En lo que se refiere a **la situación de la propiedad**, Martínez de la Torre nos proporciona una visión general, del modo siguiente:

“Podemos observar, en unas, cierta combinación de propiedad comunal e individual. Los únicos bienes colectivos resultan ser los pastales, cerros, etc. La propiedad individual de sus comuneros no puede ser enajenada. En otras, el comunero dispone de su propiedad, vendiéndola o arrendándola. En otras, no quedan restos de propiedad comunal, realizándose únicamente ciertos trabajos en común, como la minga con motivo de la limpia de las acequias, la reparación de cercos, etc.” (25).

Como puede observarse, y como se comprueba en el caso de Pacaraos (26), la prohibición del artículo 209º de la Constitución, no funciona en la práctica. Puesto que, aun cuando no se cuente con el título que ampare el derecho —merced a la limitación legal—, éste se ejercita sin diferencia alguna. Igualmente, el antropólogo Bonilla nos relata que en las comunidades campesinas del valle de Chancay, por él estudiadas, operan la venta del derecho de usufructo sobre la parcela y la sucesión hereditaria que trae consigo la nociva minifundización (27).

En su trabajo sobre este tópico, el de la propiedad en la comunidad de Cochabamba, en el departamento de Ancash, Berrospi distingue la existencia de dos tipos de bienes, los individuales y los colectivos. Según él (28), los semovientes y en general, los bienes muebles son de propiedad exclusiva del comunero; y los bienes de la comunidad son las tierras. Estas a su vez se distinguen del modo siguiente: tierras de usufructo colectivo (pastos por cuyo uso se pagan cuotas proporcionales a dicho uso) y tierras de usufructo privado (de cultivo). El derecho conferido por el usufructo privado, como queda anotado, puede ser transferido pero sólo entre comuneros, no tiene plazo y es heredable (todos estos actos jurídicos son reconocidos por la junta directiva de la comunidad).

25 Martínez de la Torre, Ricardo, *Apuntes para una interpretación marxista de historia social del Perú*, Empresa Editora Peruana S. A., Lima, 1948, tomo II, 561 pág. 187.

26 Mendizábal Losack, op. cit. pág. 63.

27 Bonilla Mayta, Heraclio, *Las comunidades campesinas tradicionales del valle de Chancay*, Publicaciones del Museo Nacional de la Cultura Peruana, Serie: Tesis antropológica, N° 1, Lima, mayo de 1965, texto mimeografiado, pág. 63 y 65.

28 Berrospi, op. cit., pág. 39 a 41, 68 y 69, 73.

En el caso de Pacaraos, encontramos una estrecha y curiosa vinculación entre los cargos comunales y el derecho sobre las parcelas. Existiendo una gradación de cargos o responsabilidades en la comunidad, es obligatorio que cada comunero pase por todos ellos. Cuando se negare o incumpliere, pierde su derecho a la tierra. Del mismo modo, si muere no habiendo pasado por todos los cargos, sus herederos no tienen derecho alguno sobre la parcela que el causante poseyó. Debemos anotar que, conforme se deduce de estos datos, no hay elecciones en Pacaraos para los cargos sino que — nueva distorsión de la ley — los comuneros se turnan en las diversas responsabilidades. Este género de vinculación entre cargos y derechos sobre la tierra, hace que los comuneros interpreten que se les otorga tierra en propiedad, como compensación o remuneración por los servicios prestados en los cargos.

En esta comunidad, la sucesión opera de la siguiente forma: al morir el comunero (con el requisito ya señalado), lo sucede su hijo mayor en sus derechos sobre la parcela, hasta tanto todos los hijos lleguen a la mayoría de edad. Con esta circunstancia se realiza recién la partición. Las parcelas que por una razón u otra quedan libres, pueden ser objeto de “pedimento”, y si los hubiere simultáneos, las autoridades escogen al miembro que tenga mayor vinculación con la comunidad (29).

Podemos cerrar lo referente al régimen de propiedad existente, con la clasificación de formas de ejercicio de este derecho, recogida de Huamán Centeno:

“1. Aquellas en que la propiedad de las tierras corresponde a la comunidad, la que entrega a sus miembros anual y rotativamente, las parcelas necesarias para su sostenimiento, señalando, además, la clase de cultivos para cada zona. Los frutos y los ganados son de propiedad exclusiva del comunero, quien puede transmitir su derecho sobre la parcela a sus herederos. Las autoridades comunales pueden privar del uso de la tierra a los comuneros por faltas graves. Se conservan sólo en los lugares aislados y cerrados al comercio, como en las provincias alejadas de Huancavelica, Puno y Apurímac.

2. Comunidades en que las parcelas de cultivo son de propiedad individual, manteniéndose los pastos y bosques bajo el régimen de propiedad colectiva. El comunero deja la propiedad a sus herederos y puede vender las mejoras, pero sólo a un miembro de la comunidad. La nuda propiedad de las tierras corresponde nominalmente a la comunidad, pero las autoridades comunales ya no pueden privar a ningún comunero del uso de

su lote. El ganado es de propiedad individual. Este tipo de comunidades es el que predomina.

3. Comunidades en que tanto las tierras de cultivo como las de pasto han sido parceladas y adjudicadas a cada comunero, quien ejercita prácticamente un derecho de propiedad individual DESDE QUE PUEDE VENDER SUS PARCELAS INCLUSO A FORANEOS O GENTES AJENAS A LA COMUNIDAD (aunque ilegalmente). Se mantiene la propiedad comunal sobre las aguas y canales de riego, y se emplea el trabajo colectivo (faenas) para los trabajos de uso público, como la construcción de escuelas, plazas, caminos, etc. En el cultivo de las parcelas el trabajo es individual Y LOS COMUNEROS RICOS YA EMPLEAN PEONES ASALARIADOS. Este tipo de comunidades prevalece en las regiones donde el comercio y el impacto de las ciudades ha sido facilitado por las carreteras y los ferrocarriles (Huarochiri - Huancaayo -Cuzco).

4. Comunidades en que parte de las tierras de cultivo está atribuido en propiedad a cada comunero y otra parte considerable pertenece a la comunidad, siendo explotada colectivamente. El producto es distribuido entre los comuneros, vendiéndose el excedente. La utilidad se emplea en adquisición de abonos, semillas, construcción de obras públicas y servicios comunales. Tal es el caso de la comunidad de Vicos (no reconocida oficialmente porque “colonos” de hacienda se han transformado en propietarios colectivos por compra, con intervención del Estado).” (30)

Simplemente debemos observar que estos tipos no son rígidos y que algunos de estos rasgos son intercambiables. Asimismo los cambios introducidos “ex profeso” por proyectos de promoción, varían de modo muy importante el cuadro. Sin embargo estos cambios no pasan aún del nivel de experiencias-piloto.

d) Toca ahora referirnos al **crédito**. Es este un problema importante. Al respecto, en Cochabamba existe la experiencia de acreedores cuyo crédito ha sido incobrable por falta de masa patrimonial sobre la cual hacer efectiva la ejecución (31) En ese caso concreto, el acreedor no pudo hacerse pago mediante la intervención de las parcelas comunales, pues éstas se encuentran protegidas constitucionalmente; tampoco pudo embargarse los animales, pues éstos pertenecían a los miembros de la comunidad y no a la persona jurídica que es ésta, verdadera obligada al pago. Por último, en virtud de la disposición del artículo 45º del Código Civil, sobre la separación de patrimonios entre la persona jurídica y sus miembros, aplicable enteramente a la comunidad, tam-

30 Huamán Centeno, op. cit., pág. 47 a 49.

31 Berrospi, op. cit., pág. 41.

29 Mendizábal Losack, op. cit., pág. 59 a 61.

co pudo aducirse solidaridad o mancomunidad para exigirle la deuda a los comuneros, individualmente considerados. Es evidente que, con esta falta de garantías crediticias, las comunidades afrontan el problema de falta de crédito privado; salvo los préstamos usurarios, fuera de todo control legal.

e) Quisiéramos dedicar mención especial al hecho que se nos presenta a propósito de la comunidad de Aucallama. En ésta ha ocurrido (32) la incorporación masiva de un grupo de campesinos, con el fin de fortalecer los denuncios de éstos sobre tierras eriazas. Como hemos señalado antes, nuestras normas legales no impiden que se constituyan comunidades, ni que éstas adquieran nuevas tierras que entran bajo el régimen protector. De este modo, la figura de la comunidad indígena deviene una forma defensiva de un grupo de reducidas parcelas, o garantía frente a posibles maniobras de los grandes propietarios sobre adquisiciones de pequeños campesinos. Con lo cual, la forma jurídica adquiere un nuevo sentido por extensión no prohibida. **No es ya la protección legal a un rezago cultural solamente, sino el amparo posible a los campesinos de propiedades reducidas.**

f) Por último, vamos a ocuparnos de **las relaciones entre comunidades y municipio**. La ley se ocupa del tema, dando autonomía a la comunidad en cuanto al cobro y la administración de sus rentas, y señalando que cada concejo distrital tenga un representante elegido por las comunidades.

En la realidad, las tensiones entre municipio y comunidad son no sólo frecuentes sino graves. De hecho, como señala un autor (33), o el municipio ilegalmente subordina a la comunidad, o se desata una lucha abierta por la autonomía de la segunda y por el dominio del primero. Esto, en el supuesto que la comunidad no sea distrito; es decir que se trate de una comunidad pequeña. Si la comunidad es distrito, la falta de previsión legislativa se percibe en que, no estando solucionado el caso por norma alguna, se superponen ambas estructuras — la municipal y la comunal — y entran en conflicto, o una de las dos se impone, por tener más arraigo, o por razones informales: los dirigentes de una institución o la otra. En el caso de Pacaraos, que siendo distrito es comunidad, el alcalde y el concejo distrital han quedado prácticamente anulados, por el funcionamiento de la organización comunal (34).

#### 4. LAS OPCIONES IDEOLOGICAS BAJO LAS FORMULAS JURIDICAS

En la introducción a este trabajo decíamos que el tema de las comunidades indígenas es uno de los que más han sido objeto de artículos superficiales y rápidos ensayos. La mayoría de los autores desde su posición, ha presentado argumentos aparentemente incuestionables, a mérito de los cuales debe optarse “de una vez por todas”, o “sin perder más tiempo”, quizá “impostergablemente”, en todo caso “la solución definitiva”, “de fondo”, y “a partir de la realidad misma”.

Cabe preguntarnos cuál es la razón por la que, si todos coinciden en estos aspectos formales, las soluciones concretas varían desde la inmediata conversión en propiedad privada, hasta la implantación de colectividades socialistas, pasando por dejar a las comunidades tal como están. Todo ello, por cierto, con la debida y ardorosa fundamentación. En nuestro concepto, existe, en la base de toda esta discusión sobre el destino de nuestras comunidades, un problema básico: la opción ideológica que se adopte.

Pensamos que la ambigüedad de nuestra vigente legislación justamente brota de una falta de opción en este terreno. Y vamos a ver rápidamente ahora, haciendo un examen de algunos autores, cómo la opción ideológica tomada y que no todos declaran, lleva a proponer tal tipo de forma jurídica o tal otro tipo.

Bustamante Cisneros pudo ya clasificar a distinguidos juriconsultos de su época (1918) en dos grupos: los que sostenían que la comunidad debía permanecer tal como estaba (Francisco García Calderón, Alejandro Maguiña, Juan Bautista de Lavalle y Félix Cosío) y quienes por el contrario, pensaban que la comunidad debía desaparecer en beneficio de formas privadas de explotación (Germán Leguía y Martínez, Manuel Vicente Villarán, Francisco Tudela y Varela y Lino Cornejo) (35).

Nosotros vamos a intentar hacer una clasificación de las líneas de solución encontradas en la investigación bibliográfica. Discrepamos del criterio de un autor (36) que distingue así: los que no resuelven el problema por no percibirlo, los marxistas de línea revolucionaria y sim-

35 Bustamante Cisneros, op. cit., p. 6, 7 y apéndice.

36 Diez Canseco, Manuel, *Concepto del Derecho de posesión y propiedad de los indígenas como factores esenciales de la solución de su situación actual*, Tesis de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1940, texto mecanografiado, 45 págs. — pág. 1 y 2.

32 Bonilla, op. cit., pág. 29 y ss., 67 y 119.

33 Córdor, Pedro, op. cit. pág. 84.

34 Mendizábal Losack, op. cit., pág. 58.

plista, y los evolucionistas que propugnan una gradual incorporación.

Pensamos que — con las limitaciones de todo esquema — las posiciones pueden reducirse del modo siguiente:

a) Proteccionismo o tutela a las comunidades, tal como existen. Se trata de impedir que sus propiedades y su contenido cultural sean arrasados.

b) Incorporación o asimilación de las comunidades al régimen occidental, con formas de propiedad privada, economía capitalista, etc.

Admite dos matices: algunos piensan que lo más adecuado es un pase rápido e inmediato a modos transformados radicalmente. Otros creen necesario un proceso paulatino.

c) La comunidad es la base de un sistema socialista. Admite francamente tres modos distintos, sobre la forma de llegar a tal sistema:

I) proteger a la comunidad tal como está; es una especie de proteccionismo ideológicamente fundamentado.

II) crear cooperativas socialistas que sean el primer paso, preparatorio del nuevo sistema.

III) abolir las comunidades, introducir formas capitalistas en el campo y, producida la revolución proletaria, se podrá llegar a formas modernamente socialistas.

Esta es una forma que, dialécticamente, niega a la comunidad — que considera feudal — para arribar a una forma socialista mucho más evolucionada.

En cada uno de estos tipos, hay una opción ideológica muy claramente evidenciada en algunos, y más simulada, pero siempre presente en otros. Vamos a examinar cada una de estas posiciones, ilustrándolas con argumentos de sus respectivos partidarios.

a) Dentro del **proteccionismo o sistema tutelar**, encontramos evidentemente nuestra legislación básica. Ya la Constitución de 1920, pero con mayor nitidez la de 1933 y nuestro Código Civil vigente están en esta línea, que fija todo un régimen especial sin prever formas de evolución, aislando a las comunidades de todo proceso histórico y social. En esta misma línea, Bustamante y Rivero quien propone añadir a la comunidad un cierto tinte corporativo (37) y el constitucionalista Pareja, quien no

sólo considera adecuada la legislación tutelar y especial, sino que solicita su ampliación. Admite en todo caso que las comunidades más desarrolladas puedan cooperativizarse (38).

Esta posición ha sido duramente criticada por Chávez Molina (39) y por Erasmo Roca, quien invoca la necesidad de llegar a la unidad nacional; por ello considera que no es posible segregar al indígena del resto del país, con una forma jurídica que, perpetuando los rezagos de la antigua civilización, no abre caminos de evolución (40). Pero con mayor energía, esta corriente ha sido interpretada por Cuadros, como un fruto de una voluntad sojuzgadora y dominadora del indígena, de inspiración latifundista, so pretexto de protección (41). Consignando simplemente esta interpretación, consideramos que, en cualquier caso, la falta de vigencia del proteccionismo ha quedado demostrada por la realidad. La legislación inadecuada ha sido superada e ignorada por los hechos, tal como hemos señalado.

b) En el segundo tipo, **la corriente integracionista o incorporadora**, encontramos una serie de autores, que creyendo en los beneficios del sistema de propiedad privada y libre empresa, postulan la incorporación de las comunidades a éste. Tiene — a diferencia del anterior — la comprensión de la necesidad de prever un futuro para la evolución de la comunidad. Y ese futuro, obviamente, obedece a una opción ideológica.

Para algunos, como Luis Córdova (42) tal proceso debe ser inmediato: debe lotizarse y adjudicarse parcelas familiares, obligando a los indígenas a explotación directa; a los 10 años se convertirán en propietarios y puede adicionarse la inalienabilidad por un plazo prudencial. De opinión parecida es Sánchez, quien sostiene que la libre disposición es libre iniciativa, y en ésta reside el desarrollo de la responsabilidad (43).

38 Pareja Paz Soldán, José, *Derecho Constitucional Peruano*, Cuarta Edición, Edic. Librería Studium, Lima, 1966, 603 págs. — pág. 420 a 423.

39 Chávez Molina, op. cit., pág. 42.

40 Roca, P. Erasmo, *Por la clase indígena*, Biblioteca de la "Revista de Economía y Finanzas", vol. I, Lima, 1935 p. 50 y 51.

41 Cuadros y Villena, op. cit., p. 3, 8 y 9.

42 Córdova, Luis, op. cit.

43 Sánchez, Masias D., *Situación legal de las comunidades de indígenas*, en: Revista de la Universidad de La Libertad, año XVI, N° 13, Trujillo, Diciembre de 1940, pág. 18 a 22.

37 Bustamante y Rivero, José Luis, *Mensaje al Perú y Perú Estructura Social*, Ed. Universitaria, Lima, 1959, 168 págs.

Para otros, el proceso debe ser gradual, paulatino. Así lo expresa Bustamante Cisneros (44), quien antepone como condición, la necesidad de una observación sistemática y prudente del medio en el cual se van a aplicar las medidas transformadoras. Por su parte, Juan José Calle añade la voluntariedad de tal transformación: son los comuneros quienes deben poder decidir su evolución a un sistema de propiedad privada; pero la regeneración del indio depende en buena medida, del desarrollo de su sentimiento de propiedad (45). Más recientemente, y usando como premisas, hechos que hemos venido señalando y observando a lo largo de este trabajo, Carlos Fernández Sessarego sostiene que:

“Debe plantearse la necesidad de modificar la actual tendencia paternalista desde que, a la altura de nuestro tiempo y en mérito a la legislación agraria aprobada, no se justifica el mantenimiento del trato que equipara a las comunidades de indígenas con la de incapaces relativos de ejercicio. Los peligros que se han cernido sobre las comunidades tienden a desaparecer en razón, tanto de los cambios anotados como del desarrollo educacional del campesino y su incorporación paulatina a la economía del país. De otra parte se hace evidente en muchos casos una modificación en el régimen tradicional de propiedad comunal por la adopción de nuevas formas de tenencia y explotación de la tierra”. (46)

Aunque el autor no es muy explícito, debemos entender por “incorporación paulatina a la economía del país”, las formas de propiedad privada y explotación según el sistema capitalista, que definen a este segundo tipo de corriente. Dentro de ello, evidentemente cabe aún distinguir y optar, desde la cooperativa hasta la sociedad anónima.

c) Hemos considerado como un tercer grupo, los autores que opinan que **la comunidad debe ser, en el futuro, un núcleo socialista**. A su vez, hemos distinguido tres subgrupos, bastante diferenciados. Para un primer tipo, basta proteger a la comunidad, para llegar al fin propuesto. Víctor Guillén, por ejemplo (47) está en

esta línea. Por cierto Mariátegui, quien creyendo en un primitivo comunismo indígena, confía en que cuando cese la presión individualista de la legislación y el latifundio, el espíritu de la organización incaica, eminentemente socialista, resurgirá (48). Refuta Mariátegui a las tendencias incorporadoras de la época en la cual escribe, sosteniendo que el individualismo presentado al indio bajo un régimen feudal no ha encontrado acogida. Por último, Alvarez Beltrán, en época reciente, sostiene que:

“... Las comunidades indígenas tienen que ser conservadas en su esencia, ya que han podido resistir los embates del individualismo colonial, el gamonalismo y voracidad capitalista de la época republicana; siendo una organización que tendrá que ser la base de una nueva etapa socioeconómica del Perú, y será la puerta de una evolución social y un nuevo concepto sobre la tenencia de la tierra y su forma de trabajo y producción.” (49)

Para un segundo subgrupo, no basta tutelar o privilegiar solamente. La etapa de transición al socialismo debe buscarse activamente mediante cooperativas modernas. Para Bedregal (50) es necesario colectivizar así, mediante la cooperativización forzosa. Pedro Córdor sigue este criterio (51) cuando postula la economía y el contrato dirigido, la socialización de la propiedad y el intervencionismo estatal en favor de las comunidades. Castro Pozo, a quien examinaremos más adelante, es de la misma opinión.

Surge un tercer sector dentro de este tipo de autores. A él pertenece de manera poco clara Cuadros y Villena, cuando escépticamente piensa que la eficacia de cualquier forma jurídica es nula, si quienes deben aplicarla no tienen una auténtica vocación democrática y sirven a la feudalidad por estar vinculados a ella. Se insinúa acá (52) la necesidad de un cambio profundo y radical que podemos entender como una revolución social. Muy claramente se ubica en esta tercera posición dentro de las tendencias socialistas, Martínez de la Torre. El distingue (53) las dos tendencias socialistas anteriores y separadamente las refuta. A la primera, porque no hay tal base socialista en la comunidad actual; los conflictos

44 Bustamante Cisneros, op. cit., pág. 111.

45 *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano*, segunda edición, Lima, 1928, fascículo III, pág. 25.

46 Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del libro primero del Código Civil peruano*, Lima, 1964, separata del “Mercurio Peruano”: N° 445 - 446, 35 págs.— pág. 32 - 33.

47 Guillén, M. Víctor, *La propiedad comunal indígena*, Tipografía de El Comercio, Cuzco, 1921, 71 págs.

48 Mariátegui, José Carlos, *7 Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, Empresa Editora Amauta, 8a. edición, Lima, 1963. 307 págs.— pág. 70 - 71.

49 Alvarez Beltrán, op. cit. pág. 6.

50 Bedregal, op. cit., pág. 271 y ss.

51 Córdor, Pedro, op. cit., pág. 83.

52 Cuadros y Villena, op. cit. pág. 13.

53 Martínez de la Torre, Ricardo. op. cit. Tomo II. págs. 174 - 176 - 180.

internos y la presión externa han socavado a la comunidad. En función de esto, la comuna rural se dirige en clara evolución hacia formas burguesas o capitalistas de producción. A la segunda, porque recogiendo el ejemplo de la revolución rusa, considera que es iluso sostener la utopía de un cooperativismo socialista al interior de un régimen capitalista. El cooperativismo en un régimen capitalista — sostiene él — lleva como su más alto logro la difusión de un sistema capitalista de producción y distribución. Según este autor, la cooperativa es socialista sólo bajo un régimen integralmente socialista; cuando el triunfo de la revolución sea irreversible.

De acuerdo a esta argumentación, piensa Martínez de la Torre y con él Urquidí, que sigue su razonamiento (54), en términos socialistas, debe propenderse a la capitalización del campo antes de pasar a formas de propiedad y trabajo más evolucionadas. Es necesario quitarle su carácter feudal: comunidad y latifundio deben desaparecer. Después, bajo la conducción proletaria, la situación será muy distinta:

“... queremos afirmar que las comunidades deben convertirse en nuestros aliados, conjuntamente con todo el resto de la población campesina, no para la lucha por el socialismo, como algunos han creído, sino en la lucha contra el sistema feudal, por la liberación nacional en general y la del aborígen en particular.

Frente a la “guerra santa” declarada a las comunidades, el proletariado debe defenderlas. La comunidad nos es útil en cuanto a que es grupo organizado dentro de un campo desorganizado (...)

... barrer los vestigios de feudalismo, terminar con el espíritu de casta en nuestro país, con el desprecio y el abandono del pueblo “aborígen”.

Según como marchen las cosas, según la fuerza, profundidad y exigencias del movimiento anti-feudal, es posible que algunos comuneros y comunidades se enrolen en la lucha directa por el socialismo. Esto será la excepción. Aquí nos movemos en el terreno de la hipótesis (...)

La primera etapa de la revolución en nuestro campo no es socialista, sino agraria, revolución de tipo burgués: liquidación del feudalismo señorial, liquidación de los bienes de la iglesia, confirmación del campesino en la propiedad de la parcela que cultiva.” (55)

Urquidí añade como argumento contra la “cooperativa socialista” que ésta supone inversión, basada en una capacidad de ahorro ausente ahora de las comunidades.

## 5. LAS SOLUCIONES JURIDICAS APLICABLES

Como hemos tratado de demostrar en el párrafo anterior, pensamos que es condición previa para resolver en cualquier sentido el problema planteado por la situación jurídica de las comunidades indígenas, una opción ideológica o de política jurídica. En última instancia, las fórmulas jurídicas son sólo instrumentos o herramientas en función de una política, que debe escoger el camino que considere más idóneo para lograr el desarrollo. Proceso éste que se expresa en el cambio económico y social.

Siendo así, cualquier solución debe significar una clarificación del camino evolutivo de las actuales comunidades indígenas hacia una forma definida que responda a esa opción política a la que repetidas veces hemos aludido. Estemos o no de acuerdo con el objetivo marxista de Martínez de la Torre, es forzoso reconocer con él que la fórmula jurídica actual para las comunidades, no puede seguir siendo un freno para su desarrollo:

“... La lucha en el campo atrasado y feudal, no se basa en la propaganda de la cooperativa socialista ni en la idealización de la comunidad y el sentimiento comunista innato del comunero, sino en la desaparición de todas las manifestaciones de este atraso en el campo, en la desaparición de formas y sistemas precapitalistas en el mismo(...)

Hasta ahora se ha escrito de las comunidades aborígenes mirando más que al futuro, al pasado” (56).

Ambas opciones ideológicas — la integradora o capitalista y la socialista — requieren señalar el camino hacia la cristalización de sus objetivos.

Pasemos a examinar las diferentes formas propuestas por quienes se han ocupado sobre el tema. Encontramos primero, soluciones o más exactamente proposiciones, simples, sin contenido mayor. Así, por ejemplo, los señores Cáceres presentaron en la Constituyente de 1931 un elemental proyecto orgánico sobre las comunidades, de una imprecisión sorprendente (57). Según dicho texto parecería que cualquiera puede constituir una comunidad, por simple asociación; y no se legisla nada

56 Martínez de la Torre, op. cit., pág. 182 - 186.

57 Maurtua, Aníbal, *Las comunidades indígenas*, en: Revista del Foro, órgano del Colegio de Abogados de Lima, año XXII, Lima, julio-setiembre de 1935, Nos. 7 - 8 y 9, pág. 539 y ss.

54 Urquidí, Arturo, *La Comunidad Indígena Boliviana, su origen, su evolución histórica y las perspectivas de su posible futuro en el proceso de la reforma agraria*, en: Revista Mexicana de Sociología, Universidad Nacional Autónoma de México, año XVI, mayo-agosto de 1954, vol. XVI, N° 2, pág. 254 y ss.

55 Martínez de la Torre, op. cit., t. II, pág. 194 - 195.

sobre la propiedad y derechos reales de los miembros. Del mismo género es un trabajo de Cornejo Bouroncle (58) que proclama simplemente la necesidad de proteger a la comunidad, inyectándole técnica, para que sean la base de una vasta organización agrícola.

Entre las propuestas más meditadas tres merecen destacarse: la persona de derecho público, el hogar de familia y la cooperativa.

Vamos a ocuparnos separadamente de estas diversas fórmulas jurídicas:

I) La comunidad indígena, por su carácter integral, abarca toda la vida de sus miembros, vinculados por un territorio que a la vez es propiedad común. Este hecho — que corresponde al tipo de persona jurídica denominada “colectividad social” por Ferrara (59) — lleva a Jorge Eugenio Castañeda a pensar que la fórmula protectora más adecuada es la de persona de derecho público. En efecto, como dice este autor, “si es que se pretende protegerlas” (60) dado el carácter total de la comunidad, en la cual cada miembro depende de ella íntimamente, parece esta fórmula lo más indicado. El fundamento de tal razonamiento estaría en el carácter de colectividad social, que en casos similares — como es el del municipio — determina la cualificación “pública” de esta clase de personas.

Sin duda bajo la influencia de Castañeda, quien participó activamente en el Congreso Internacional de Juristas realizado en Lima en 1951, este certamen acordó:

“Recomendar el estudio de la personalidad jurídica de la comunidad indígena como sujeto de derecho público, a fin de solucionar el problema relativo a la prescripción de la propiedad comunitaria” (61)

II) Si bien la fórmula anterior es neutra respecto de la opción ideológica, puesto que puede corresponder a ambas, la del **hogar de familia**, es decididamente integradora. Juan José Calle la sostuvo con mucho entusiasmo

en el seno de la Comisión Reformadora (62) por considerar que era la mejor forma de proteger a los indígenas que por su ignorancia y atraso tenían reducida su capacidad civil. Pero Calle sometía la transformación de las comunidades en parcelas protegidas por la institución del hogar de familia, a la aprobación de 2/3 de los varones mayores de edad. Sólo en este caso procedía, según el anteproyecto del doctor Calle, la partición en parcelas. En la misma línea pero con mayor radicalidad, García Salazar (63) sostiene que las comunidades como personas colectivas abusan de las prerrogativas que la ley les concede; para él debe irse hacia la propiedad privada y probablemente lo mejor será protegerla con el hogar de familia. Parece deducirse que la transformación debiera ser forzosa.

III) Pero de todas las formas propuestas, la que con mayor frecuencia se repite es **la cooperativa**. Desde Castro Pozo (64), cuyo marcado socialismo le hace pedir para estas cooperativas una tutela estatal que se traduzca en ayuda y vigilancia, hasta Valcárcel (65) quien cree que al asimilar las comunidades al cooperativismo, no hay ninguna necesidad de legislación tutelar o especial, son muchísimos los autores que propugnan esta forma.

Cada autor introduce una afirmación o un matiz peculiar que vamos a referir brevemente. El ya citado Castro Pozo propone ir hacia un cooperativismo integral, agrícola y ganadero; paralelamente el Estado debe implantar granjas-escuelas y cooperativas de producción “modelo”. Para Valcárcel, la cooperativa es la forma ideal de asimilación progresiva de las comunidades, a la vida y la técnica modernas. Cirilo Cornejo (66) coincide en líneas generales con Castro Pozo y añade que la disolución de las formadas cooperativas sólo debe proceder por quiebra. Cuadros y Villena, cuyas opiniones

62 Actas de la Comisión Reformadora..., fasc. III, p. 26.

63 García Salazar, José, *Problemas que originan las comunidades de indígenas*, en: Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 171, año XVI, Lima, abril de 1958, pág. 373 a 375.

64 Castro Pozo, Hildebrando, *Del Ayllu al cooperativismo socialista*, Biblioteca de la “Revista de Economía y Finanzas”, vol. II, Lima, 1936, 325 págs.— pág. 274 a 295.

65 Valcárcel, Víctor N., *Anteproyecto de Estatuto Legal de Comunidades*, Tesis de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica. Lima, 1950, texto mecanografiado, 46 págs.

66 Cornejo, Cirilo, *Estatuto Orgánico de las Comunidades Indígenas*, en: Revista Jurídica del Perú, año XII, N° 13, Lima, julio-setiembre de 1961, pág. 186 a 191; año XIII, N° 1, Lima, enero-marzo de 1962, pág. 17 a 23.

58 Cornejo Bouroncle, Jorge, *Las comunidades indígenas*, en: Revista Universitaria, año XXXVII, segunda edición de 1948, N° 95 Cuzco, 1948, pág. 126 y ss.

59 Ferrara, Francesa, *Teoría de las personas jurídicas*, Ed. Reus, Madrid, 1929, págs. 364-365.

60 Castañeda, Jorge E., *Código Civil*, 2ª edición, Lima, 1962. págs. 43 - 44.

61 *Congreso Internacional de Juristas, Acuerdos*, en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, órgano de la Facultad de Derecho de la U. N. M. de San Marcos, año XVI, Nos. I - II - III, Lima, 1952, Número dedicado al Congreso Internacional de Juristas realizado en Lima, diciembre de 1951, pág. 751.

hemos citado varias veces, piensa que la comunidad requiere: la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, préstamos agrícolas y su transformación cooperativista (67).

Berrospi señala a partir de su trabajo sobre la comunidad de Cochabamba (68) que allí se encuentran los mejores elementos para una educación cooperativista. El trabajo común, las formas consuetudinarias de trabajo y otros elementos socioculturales le hacen pensar que tanto el crédito como la explotación de nuevas tierras se lograrán por ese camino.

Lipschutz piensa que explotación individual y cooperativa son sistemas por adaptar, en función de cada realidad (69). Pero señala con claridad que en cualquier caso debe mantenerse la inalienabilidad como medio protector del campesino, cuya disposición sobre la tierra, enajenándola, lo llevaría a la proletarización urbana.

Para Svirichi, en su laborioso trabajo que constituye todo un sistema jurídico indígena paralelo al existente, el camino de solución está también en la cooperativización (70). Distingue él comunidades, ayllus y reducciones; a las que corresponden distintas formas de propiedad: colectiva, cooperativa, privada (bajo el hogar de familia) e individual. Sin reparar en la confusión de conceptos jurídicos aquí presente (la cooperativa puede ser privada evidentemente, y la individual lo es), él considera que la inalienabilidad debe proteger a todas las formas. Y la cooperativa —bajo diversas funciones— es un punto de apoyo sustancial.

Del mismo modo, el I Congreso Indigenista Interamericano acordó que las cooperativas eran uno de los sistemas de incorporación más adecuados. El texto entregado refiere que esta reunión decidió:

“Recomendar a los Estados de América, en cuyos territorios existan comunidades (...) la conveniencia de que amparen constitucionalmente la existencia (...) y que, así mismo, dicten la legislación pertinente para organizarlas en cooperativas o en sociedades agrícolas que bajo la dirección técnica del Estado, puedan incorporarse a la economía general del país” (71).

67 Cuadros y Villena, op. cit. pág. 15.

68 Berrospi, op. cit., pág. 96 - 97 y 99 - 100.

69 Lipschutz, Alejandro, *La “comunidad” y el problema indígena en Chile*, en: América Indígena, órgano trimestral del Instituto Indigenista Interamericano, vol. XX, N° 3, México, julio de 1960, pág. 187 a 193.

70 Svirichi, Atilio, *Derecho Indígena Peruano, Proyecto de Código Indígena*, Ed. Kultur, Imprenta Miranda, Lima, 1946, 555 págs., pág. 179 y ss., 303.

71 I Congreso Indigenista Interamericano, 1940, cit. por: Lipschutz, op. cit. pág. 189 - 190.

Creemos que especial mención merece el trabajo de Erasmo Roca quien, como hemos dicho, ha percibido con verdadera nitidez la necesidad de una legislación adaptada a las comunidades pero que al mismo tiempo las proyecte evolutivamente. Roca cree que esa evolución puede significar división de las tierras en parcelas protegidas por el hogar de familia, o trabajo agrícola moderno en cooperativas. En todo caso, los comuneros deben decidir la forma por adoptar (72). Pero a diferencia de Calle, admite que si la comunidad decidiese mayoritariamente cosa distinta, uno o varios comuneros tienen derecho a sustraerse de la institución y solicitar la asignación de una parcela en propiedad. Aparte de exigir como requisito para la inscripción de una comunidad, su existencia tradicional, sostiene la conveniencia de que los límites dados en el reconocimiento —no apoyados en titulación— aparejen derecho de propiedad a los tres años del trámite. Para las comunidades que decidan no transformarse, Roca establece que el usufructo de las tierras lo ejercerán de acuerdo a las normas consuetudinarias; en este caso la comunidad no puede vender sus tierras, pero sí hipotecarlas y gravarlas en lo que excedan del equivalente mínimo necesario para establecer el hogar de familia por todos los comuneros que son miembros. (73).

Queremos subrayar que esta forma de la cooperativa, que goza de gran aceptación entre quienes se han ocupado del tema, es susceptible de una definición aún mayor, en función de una perspectiva política. Según ello, la tierra puede pertenecer al Estado y la vida tener un mayor carácter colectivista, como en el kibutz israelita o, por el contrario, la cooperativa puede ser un eficaz protector de la propiedad privada-familiar.

## 6. ELEMENTOS FUNDAMENTALES POR CONSIDERAR

Al concluir quisiéramos incidir en aquellos aspectos que nos parecen fundamentales para ser tomados en cuenta por una nueva legislación.

a) Es imprescindible subrayar —aunque no hayamos insinuado siquiera idea distinta— que la solución del problema planteado por la existencia de las llamadas comunidades indígenas, es mucho más que jurídico. Es un asunto de naturaleza compleja que requiere **al mismo tiempo** que el enfoque jurídico, el educativo, el económico y otros varios.

b) Un primer tópico que debe resolverse claramente, es si la política jurídica decide —quizá dentro de una

72 Roca, Erasmo, op. cit. pág. 71 - 72.

73 Roca, Erasmo, op. cit. pág. 90-91.

línea integradora — adaptar fórmulas jurídicas exclusivamente para los rezagos culturales del “ayllu”, o si — quizá dentro de una cierta línea socialista — pretende fomentar o tolerar, la formación de núcleos campesinos nuevos, dentro de estos moldes. Hasta ahora, la ley ha permitido lo segundo.

c) A la luz de la realidad, nos es fundamental reconocer la diversidad de situaciones, dentro de ese género de las “comunidades indígenas”. Eso exige una gran flexibilidad en las soluciones. Mendizábal, por ejemplo, dice sobre Pacaraos:

“La comunidad indígena, dondequiera que exista en las mismas condiciones que se dan en el distrito de Pacaraos, es infuncional y antieconómica para los hombres a quienes, se supone, debe favorecer.

El estado de conflicto de los pacareños que desean liquidar la comunidad sin perder el status de comuneros, se origina en esta infuncionalidad de una institución tradicional que, al permanecer inalterada, deja de ser efectiva dentro de las condiciones y exigencias de la vida moderna” (74).

No concordamos con Huamán Laos, quien se inclina por legislaciones regionales (75) porque la variedad intrazonal es muy grande aún. En cualquier caso, es necesario tomar en cuenta **los problemas ya creados**, al margen de la ley, antes de dictaminar nuevas formas, que deben ser adaptadas. Aquí, también la solución es política.

d) Es necesario tener en cuenta que cualquier tipo de restricción sobre la propiedad — desde la inalienabilidad actual hasta el hogar de familia, si es que no va acompañada de un fuerte impulso crediticio estatal, significa cerrar las puertas al desarrollo de cualquier forma posible. O como sucedió en el caso de México, se restringe el dominio y se dota a los propietarios de un apoyo financiero estatal importante, o se declara la libre disposición para permitir que la tierra garantice los créditos privados, indispensables para el desarrollo.

e) En el supuesto de que se mantengan las comunidades indígenas como persona jurídica, hay que considerar que:

l) Merece especial consideración el problema del reconocimiento, que como hemos visto mantiene al margen de todo el sistema jurídico a la mayor parte de nuestras

comunidades. Entre los acuerdos del II Congreso Indigenista Interamericano, encontramos consignada esta urgente necesidad:

“El II Congreso Indigenista Interamericano recomienda a los Estados Americanos que dentro de sus instituciones jurídicas reconozcan la personería de las comunidades indígenas (...); las empañen y simplifiquen los trámites para su reconocimiento” (76).

Lo procedente parece ser — como señala Ayerbe (77) — la inscripción de oficio, por la carencia de iniciativa de las comunidades.

II) No puede dejarse de normar la disolución de la persona jurídica, sus requisitos y sus formas, adecuados al carácter propio de ella.

III) En lo que se refiere al gobierno interno de la persona jurídica, es necesario flexibilizarlo para que pueda ser adaptado a las variables peculiaridades de cada caso. Los cargos deben ser nítidamente diferenciados para evitar conflictos. En todo caso, debe normarse este problema de modo orgánico y a nivel de una ley, y no de una reglamentación administrativa.

IV) Los derechos de los miembros sobre las tierras comunales deben ser variados, pero oportunamente reglados. La comunidad puede decidir entre varias formas jurídicas posibles, la que crea convenir mejor a su situación e intereses. Y evidentemente debe haber la posibilidad de modificar el régimen, con un nuevo acuerdo.

V) No basta la relativa autonomía de la comunidad frente al municipio, que nuestra legislación manda. Es necesario cubrir las diversas hipótesis y evitar la duplicación de funciones o los conflictos. Quizá en la hipótesis en que estamos, de mantener las comunidades como persona jurídica distinta, lo más adecuado sea la “municipalización” de las comunidades, con un carácter eminentemente rural y no ciudadano. Este punto se encuentra poco trabajado por los entendidos en el tema municipal (78).

76 *Acuerdos del II Congreso Indigenista Interamericano*, en: Revista de la Facultad de Derecho, órgano de la Facultad de Derecho de la U.N.M. de San Marcos, año XVI, Nos. I - II - III, Lima, 1952, Número dedicado al Congreso Internacional de Juristas realizado en Lima, diciembre de 1951, pág. 422.

77 Ayerbe, op. cit., pág. 41 - 42.

78 Hay autores que ni siquiera se refieren al tema, por ejemplo Maita, Víctor Graciano, *Política Municipal, Teoría y Práctica del gobierno local*, Emp. Tip. “Salas e hijos” S. A., Lima, 1956, 359 págs.

74 Mendizábal Losack, op. cit., pág. 64.

75 Huamán Laos, Juan, *Algunos aspectos de las comunidades de indígenas*. Tesis de Br. en Derecho, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1940, pág. 2.