

LAS RELACIONES DEL ESTADO PERUANO CON LA POBLACION  
INDIGENA EN EL SIGLO XIX A TRAVES DE SU LEGISLACION\*

Héctor Omar Noéjovich

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

*Exposición Cronológica de los Dispositivos Legales*

He dividido esta parte en cuatro etapas. La primera, desde la fundación del Estado Peruano, en 1821, hasta la formación de la Confederación Perú-Boliviana. La segunda, es el interregno —por así decir— que representa la Confederación en la historia del Perú moderno. La tercera, empieza en Yungay y termina en la Constitución de 1860, es decir, con el período de Ramón Castilla; la cuarta es el resto hasta 1893, según ley del Congreso de la República que se indicará —cf.infra.

Esta división, por un lado, es metodológica; por el otro tiende a “marcar” aquello que, a mi juicio, son los “puntos” de inflexión en la trayectoria política sujeta a análisis, y cuya justificación —o no— será materia de la discusión en la sección siguiente.

*Primera Etapa 1821-1836*

Antes de analizar la legislación promulgada en tiempos de San Martín y Bolívar, me parece importante hacer referencia a un antecedente. Se trata

---

\* Ponencia presentada al IX Simposio Internacional de Historia Económica, CLAL So. Quito, marzo, 1989.

de la “Propuesta de los diputados peruanos a las Cortes de Cádiz”, fechada el 23-08-1811 (Pareja-Paz Soldán 1954: 402). Su artículo 8º, especialmente dice:

*“Los americanos, así españoles como indios y los hijos de... tienen igual opción... para toda clase de empleos...”*

*En el artículo 11º, por otra parte, se proponen la restitución de los jesuitas, en razón que “...introducen y propagan la fe entre los indios infieles (en todos los casos el subrayado es mío). A este agregado se opuso el diputado por Quito, Don José Mejía.*

Hay aquí una primera línea temática, que incluso la podríamos remontar hacia la antigua discusión entre Las Casas y Sepúlveda (Cf. Zavala, 1971) acerca del “status” legal de los indios ¿son iguales o no? ¿se los discrimina por la religión?

El 28 de Agosto de 1821, por Decreto del Protector, José de San Martín, se declara:

*“Siendo un atentado contra la naturaleza y la libertad obligar a un ciudadano a consagrarse gratuitamente al servicio de otro...”*

*“Queda extinguido el servicio que los peruanos, conocidos antes con el nombre de indios o naturales, hacían bajo la denominación de mitas, pongos, ...(C.L.D.O.: 1, 23 Nº 41)”*.

La definición del carácter de “peruano”, a la luz de los sentimientos de “libertad e igualdad”, propios de la época, parece tomar cuerpo. Un día antes, el 27.08.1821, en ese mismo espíritu, el Protector, en los considerandos de su Decreto, indica:

*“Después que la razón y la justicia han recobrado sus derechos en el Perú, sería un crimen consentir que los aborígenes permaneciesen sumidos en la degradación moral a que los tenía sumidos el Gobierno Español, y continuasen pagando la vergonzosa exacción que con el nombre de tributo fué impuesta por la tiranía como signo de señorío...”*

Invocando una anterior proclama, entre otras cosas, declara:

*“...abolido el impuesto que bajo la denominación de tributo se satisfacía al Gobierno Español” “En adelante, no se denominarán a los aborígenes Indios o Naturales: ellos son hijos y ciudadanos del Perú y con el nombre de Peruanos deben ser conocidos”. (C.L.D.O.: 1, 21, Nº 36; Oviedo, 1861-70; XV: 300)*

Posteriormente, el Estatuto Provisional del 08.10.1821, en su sección 9ª, art. 1º, define a los *ciudadanos del Perú* como aquellos nacidos en cualquier territorio emancipado de España por juramentación de la independencia. La Constitución de 1823, introduce una distinción jurídica, diferenciando la *nacionalidad* —art. 10º— de la *ciudadanía* —art. 17º—. Esta, entendida como el ejercicio de los derechos civiles<sup>1</sup> tiene limitaciones; a) edad —mayor de 25 años—; b) de *nacionalidad* —ser peruano—; c) saber leer y escribir —exigible después de 1840— y d) *tener una propiedad, o ejercer una profesión o arte, o ocuparse de alguna industria útil sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero*. Es más, la *ciudadanía* se *suspende* por la condición de sirviente doméstico —art. 24, inc. 2º.

Borrar con el codo lo que se escribe con la mano. Para el llamado “indio”, la posibilidad de ejercer la “ciudadanía” era bastante lejana, aún suponiendo que no fuese analfabeto. La Constitución de 1826 hace desaparecer la condición de “jornalero” como restricción, así como la limitación del art. 24º, inc. 2º (Pareja 1954: 441-43, 475).

Pasada la euforia “libertaria”, la discriminación se materializa en dos puntos importantes: el tributo y la tierra. Por Decreto del 11.VIII.1826, bajo la Presidencia de Hipólito Unánue, se plantea el tributo de los indígenas como parte de una organización tributaria general y establece.

“La *contribución correspondiente a los indígenas* será reducida a las mismas cantidades, términos y circunstancias en que se hallaba establecida el año de 1820”.

“*Los demás habitantes...*” (Oviedo, 1861-70. XV: 301)

Hay una clara e indubitable distinción entre los “indios” y quienes no lo son, cubierta de un ropaje de organización general de la hacienda pública. ¿Y el principio de la igualdad ante la ley tributaria, tan caro a los principios liberales?.

- 
1. La “nacionalidad” tiene un sentido de pertenencia a un grupo que generalmente coincide con un espacio territorial. Los dos criterios básicos son el “*jus sanguini*” y el “*jus soli*”; en el primero prevalecen los lazos sanguíneos del grupo: el hijo del italiano es italiano no importa donde nazca. En el segundo la “nacionalidad” se determina por el lugar de nacimiento: es peruano el nacido en el territorio del Perú. La legislación americana sigue, en principio el “*jus soli*”, manteniendo, secundariamente el criterio del “*jus sanguini*” “por opción” (hijos, esposas, etc. que “opten” por la nacionalidad). El concepto de “ciudadanía”, que se remonta a Atenas y Roma, está directamente ligado al ejercicio de los derechos civiles —p.e. elegir y ser elegido.

Pero hay más. Con anterioridad al dispositivo acotado, el 8.IV.1824, (*Ibidem*: 290) se emite el mentado Decreto de Bolívar, disponiendo la venta de tierras del Estado y reconociendo la propiedad de los indígenas. Examinemos en qué términos:

Los considerandos:

“Que nada es más justo que admitir a *composición*, y *vender* todas las tierras *sobrantes de las que han sido rematadas, compuestas o adjudicadas conforme a la ley*”.

“Que el Estado a quienes todas estas pertenecen, como propiedad nacional...”

Aquí hay una concepción jurídica que proviene del Estado Colonial sin ninguna duda (Cf. Ots Capdequí, 1941; Mariluz Urquijo 1978). Reivindicación de la soberanía nacional; al fin y al cabo no parece alterar a los “indios”. Pero si nos detenemos en el hecho que, esta reivindicación comprende a aquellas tierras “no rematadas, compuestas o adjudicadas conforme a ley”, esta última determina el alcance de esa “reivindicación”, al determinar cuales son tierras vacas o no.

El art. 2º exceptúa a las tierras que tienen en posesión los “llamados indios”, declarándolos propietarios, con libre disposición de la misma; pero en el art. 3º:

“las tierras llamadas de comunidad, se repartirán conforme a ordenanza entre todos los indios *que no gocen de alguna otra suerte de tierra, quedando dueño de ellas... y vendiéndose el sobrante...*” (ibidem).

La doctrina que subyace en el espíritu de este articulado nos recuerda a Matienzo<sup>2</sup> y, además, denota un desconocimiento del sistema andino, como lo indican los siguientes artículos:

“Art. 4º Se hará este repartimiento con consideración al estado (civil) de cada personero...”

---

2. “...a cada uno en particular debe darse tantos topos que sepa y entienda que son suyas y que nadie se las ha de poder quitar ni tomar...” “porque hasta aquí no ha poseído tierras propias, antes el cacique se las reparte como el quiere...” (Matienzo [1567] 1967: 57).

“Art. 5º Esta mensura [indicada en el art. anterior], se hará con consideración a las circunstancias locales... reduciéndose a la extensión correspondiente., las tierras que con perjuicio de uno se han aplicado a otros indios por vía de posesión...”.

¿Con qué criterio se hará la asignación? ¿Con el criterio discrecional del poder administrador? A mi juicio, continuando con el sistema colonial, *se fundamenta un sistema de asignación de tierras sujeto precisamente a la discrecionalidad del poder administrador*<sup>3</sup>.

Este pretende asignar parcelas según su criterio y determinar cuáles son las sobrantes para continuar un proceso de adjudicación con fines fiscales. No hay mayor diferencia con la política colonial —cf. supra—, ahora aplicada en un contexto “liberal”.

Quizá *previendo en algo futuras disputas*, quizá en el puro espíritu doctrinario, lo cierto es que establece, también las bases del “derecho de retracto”<sup>4</sup>, luego convalidado en el Código Santa Cruz de 1836. En efecto, el art. 6º establece un “derecho de preferencia”, en la venta de tierras reivindicadas por el Estado, a favor de quienes “las poseyeran, habilitaren o tuvieren un arrendamiento”.

Por un lado hay una asignación tipo “once-for-all”; por el otro, se plantean mecanismos de regulación sobre posibles conflictos que, en definitiva, *dejan en manos de las Autoridades Administrativas* —léase Prefectos, Sub-Prefectos, etc.— *la asignación de tierras con prescindencia del Poder judicial*.

- 
3. Es la idea de la “merced” y la “composición” saneadora arraigada en toda la historia colonial. El modo de adquisición de tierras no es por compra en sentido mercantil, sino por dádiva de la autoridad (Cabildo, Rey, Audiencia, Corregidor o cualquier otro ente equivalente).
  4. El “derecho de retracto” es una figura jurídica que permite ejercitar acciones para mantener la “propiedad” dentro de la órbita de los “derechos-habientes”. Relacionado con la “propiedad familiar” (Lawson, 1967, V: 17), implica el derecho de mantener en el ámbito “familiar” una “propiedad” a cuyo derecho acciona un tercero. En el derecho civil francés de la época está estatuido en el “retrait lignager et reserve héréditaire”. Bajo determinadas condiciones implica un derecho preferente a acceder a la propiedad por situaciones preexistentes (familiares, de arrendamiento, sociedad u otras).

El 04-07-1825, Bolívar reitera estas disposiciones, pero centrando el “ataque” en los caciques y recaudadores —léase corregidores—. Veamos sus considerandos:

“Que a pesar... nunca se ha verificado la repartición de tierras con la proporción debida”

“Que la mayor parte de naturales han carecido del goce y posesión de ellas”

“Que mucha parte de dichas tierras aplicables a los llamados Indios se hallan usurpadas por varios pretextos por los caciques y recaudadores”

“Que el uso precario que les concedió el Gobierno Español...”

“Que la Constitución de la República no *reconoce la autoridad de los caciques sino la de los intendentes...*”  
(Oviedo, 1861-70, IV, 291; C.L.D.O.: II, 129, Nº 131)

El desconocimiento del sistema de asignación periódica de tierras, ancestral en los Andes, es bastante claro. Por otra parte, hay una evidencia de incapacidad de categorización de un derecho de propiedad. Se habla de goce, posesión, precariedad, como muestra de quienes ven una realidad y no pueden especificarla. Reitero que es una concepción doctrinaria semejante a la de Matienzo —cf. supra 2. La comunidad indígena, como tal, resulta inaceptable y no puede encuadrarse dentro de las figuras jurídicas esgrimidas<sup>5</sup>. El intento de efectuar una asignación “justa” se puede apreciar en el siguiente artículo, del mismo Decreto:

“Art. 2º En la *masa repartible* se incluirán aquellas de que se han aprovechado los caciques y recaudadores por razón de su oficio...”

Resulta bastante obvio, independientemente de los abusos innegables, que existía una *masa repartible*, es decir tierra sin cultivar; sabemos que esto era parte del sistema rotativo de cultivos y de la siembra en distintos pisos ecológicos, pero nuestros predecesores no lo entendían, o no querían entenderlo. ¿Qué es eso de “masa repartible”? ¿Sobraba tierra? Este es un punto muy importante que se repetirá de tiempo en tiempo en la legislación anali-

---

5. El problema lo he discutido anteriormente (Noejovich 1986). Similar situación puede verse respecto de Madagascar por las autoridades coloniales francesas en 1896 (Cf. Blanc-Jouvan 1964).

zada, evidenciando, para mí, una dualidad de comportamiento del Estado, probablemente derivada de una dualidad de comportamiento observable —aparentemente— en la sociedad indígena.

Los Decretos citados, evidentemente, no se cumplían. De allí las reiteraciones para su ejecución del 1-IX-1826 (C.L.D.); II: 272, N° 79); dando plazo a los Prefectos, 7-IX-1826, (*Ibidem*: 283, N° 86) nombrando peritos y revisadores, 19-X-1826 (*Ibidem*: 320, N° 87); dando normas adicionales, 2-XI-1826 (*Ibidem*: 336, N° 149).

Hay otra reiteración sin fecha (*Ibidem*: 396, N° 29), hasta que el Congreso, por ley del 3-VIII-1827, *suspende la venta de tierras de comunidad, mientras resuelva lo conveniente sobre la materia.*

Las sucesivas disposiciones *no pudieron ejecutoriarse*; el intento de “reforma” no pudo llevarse a cabo y, mediante Resolución Legislativa del 31-III-1828; se les reconoce a los indígenas “pleno dominio de sus tierras”. Este temperamento y estas disposiciones van a ser invocadas por más de 100 años, como veremos más adelante.

Hacia 1828, en la Constitución Política, desaparece la distinción entre “nacionalidad” y “ciudadanía”; sin embargo, los requisitos que antaño eran para los “ciudadanos”, lo son ahora para los “electores parroquiales” —art. 13— (pareja 1954: 510). Un año más tarde, en 1829, observamos nuevamente modificaciones tributarias que acentúan la discriminación antes mencionada.

La legalización tributaria, por otra parte, muestra también un cambio de actitud. Otorgada funciones de administración tributaria a la Prefectura, el 12-VI-1829 (C.L.D.O., III: 428, N° 267), se emiten dos Decretos, prácticamente consecutivos: uno, el 11-VII-1829 (*Ibidem*: 184, N° 56), aumenta la contribución indígena en un peso<sup>6</sup>; el otro, 18-VII-1829 (*Ibidem*: 188, N° 61), extingue el impuesto de castas y de industrias por “improductivos”. Aparentemente la contribución indígena era “productiva” como el Decreto señala enfáticamente:

“1º Desde la fecha se extingue la contribución personal directa, impuesta a las castas, *quedando sólo vigente la de los indígenas* (*Ibidem*).

---

6. En realidad se deja sin efecto disminución previa de igual monto.

No sólo el campesinado indio es más productivo que la “industria” —el otro impuesto extinguido por el dispositivo—, sino que *vuelven a ser denominados indios o indígenas* aquellos que las disposiciones de 1821 —cf. supra— dispuso se *los conociera como peruanos*. En ocho años los efluvios igualitarios son anulados y la situación revertida. Tan es así, que por circular del 12-VI-1834 (*Ibidem*: IV; 504 N<sup>o</sup> 177) se reitera que “...no se les exiga trabajos forzados y se les considere...”.

Si pensamos que la citada circular es, a su vez, reiteración de otras, podemos conjeturar que la mentada eliminación del “servicio personal” —cf. supra— fue meramente declarativa y, en la práctica, al igual que el tributo y el régimen de tierras, toda la estructura de las relaciones volvió a su cauces anteriores.

### *Segunda etapa: El Interregno de la Confederación. 1836-1839*

He separado este período, breve, si se quiere, en la historia peruana, porque a mi entender denota algunos “hitos” en la evolución de la política del Estado Peruano hacia la población indígena. El primero y más importante, está representado por preceptos establecidos en el llamado *Código Santa Cruz de 1836*. Este de inspiración francesa, transcripción “mecánica”, según Basadre ([1937] 1985), introducía algunas novedades doctrinarias sobre el problema de las comunidades, sin resolver por la legislación antes citada.

Por el art. 297<sup>o</sup>, se reivindica para el dominio Público, los bienes vacantes y sin dueño. Hasta allí, la romanística prevalece y es congruente con la legislación bolivariana. pero, el art. 299<sup>o</sup>, establece:

“Bienes comunes son aquellos a cuya propiedad y producto tienen un derecho adquirido los habitantes de una o muchas comunidades...”

Hagamos una pequeña exégesis del articulado:

- a) Bienes comunes. Hay una diferenciación con el condominio<sup>7</sup>, figura tradicional de la doctrina correspondiente a la elaboración del Código.

---

7. El condominio se entiende como copropiedad, es decir varios titulares con derecho a una misma cosa, en un *mismo rango*. Hay una distinción entre el término “communio” y el condominio propiamente dicho, que implica una división de dominio entre varios sujetos.

Es una figura jurídica —los bienes comunes— que salvo el caso de las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas, no está dentro de las cánones de una propiedad individual y definida; no implica una parcelación, sino que define un bien del cual puede haber no sólo *varios titulares* sino varios derechos —o de distinto grado—<sup>8</sup>.

- b) Derecho adquirido a la propiedad o al producto. Corroborando el análisis anterior, el tipo de derecho puede asumir no sólo diferencias de grado, sino de “forma”; puede ser de propiedad —o patrimonial— o puede ser al producto —a los frutos de la tierra—. Cualquiera de estos “tipos”, “grados” o “formas”, están implícitos en el acotado.
- c) Adquirido por los habitantes de una o varias comunidades. Desde el ángulo de los sujetos, respecto a su pertenencia comunitaria, estos pueden tener diversos orígenes. Cabe la posibilidad, por ejemplo, *miembros de distintas comunidades, tengan al mismo tiempo, distintos derechos sobre una misma tierra.*

El análisis puede profundizarse, pero lo esencial es remarcar la interesante y novedosa solución jurídica que provee el articulado. Claro está, por otra parte, que no establece reglas al interior del espacio, o sea para regular la relación de los distintos titulares y los distintos derechos posibles; solo se refiere, vagamente, a los derechos adquiridos. ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿En qué forma? La asociación con las comunidades indígenas parece obvia y el soslayar la solución profunda y definitiva del problema, también. No obstante hay un avance y esto tiene, de suyo, un mérito importante.

Pequeñas disposiciones sobre la obligación a defender a los indios por parte de los agentes fiscales 31-VIII-1837, C.L.D.O.; V, 622, Nº 210), y la facilidad de no utilizar papel sellado acreditando pobreza (15-IX-1837, *Ibidem*: 653, Nº 250), inducen a pensar en la existencia, al menos embrionaria, de una política de aceptación de la comunidad indígena y de protección de sus intereses, en términos de su defensa ante las autoridades.

---

Da derecho a los frutos, como una sociedad, antes que a la distribución del bien en sentido patrimonial. En la época arcaica romana —y en las sucesiones modernas— era un “consortium erecto non cito”, que se instauraba entre hermanos a la muerte del padre (Burdese 1975).

8. En esa tesitura, hay una aproximación al sentido hindú de “propiedad” (Cf. Derrett 1962).

### *Tercera Etapa: De la Confederación a Castilla, 1839-1862*

En materia política, la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, continúa en las sucesivas Constituciones. Empero, desde 1828, las restricciones a la ciudadanía, especialmente al “saber leer y escribir” y “tener propiedad raíz”, son desplazadas a los “electores parroquiales”. Esto desaparece en la Constitución de 1860, donde, aparte de los requisitos normales de edad, se establece el “pagar una contribución”; sólo los contribuyentes son ciudadanos (art. 38º).

Del lado de la política de tierras tenemos la ley del 19-X-1839 (C.L.D.O., VI: 469, Nº 311), donde se reconocen los derechos a tierras de la villa de Sullana porque “...la Nación debe proteger estas útiles reducciones sin perjuicio del derecho de propiedad...”

Este dispositivo es importante no por proteger a comunidad indígena alguna, sino *por establecer una doctrina que perdurará sobre asignación y composición de tierras*. Este mismo criterio se aplica para el pueblo de Ambo, por ley de 14-II-1842 (Oviedo, 1861-70, IV: 298), aún cuando dirigido en “defensa” de las tribus salvajes e infieles de la montaña. Se recupera legalmente el principio de “saneamiento por composición de la tierra” adquirida por ocupación. No es una “usucapio brevis temporis”, sino lisa y llanamente reconocer la ocupación como modo de adquisición<sup>9</sup>. Esto se hace norma, y el 29-VIII-1848 (Oviedo, 1861-70, IV: 141), ya es el poder administrador, por simples decretos quien adjudica tierras.

Esta asunción de funciones jurisdiccionales, propias del Poder Judicial, por parte del Poder Ejecutivo, es la que permite el 15-I-1849 devolver tierras a los indígenas de Huarochirí, usurpadas por el Municipio (*Ibidem*: 142). Sus considerandos son interesantes:

“...por haberles comprado al Rey con su dinero...”

---

9. La usucapación era una fórmula de adquisición en el derecho romano; su característica principal era la posesión suficientemente prolongada y reuniendo determinadas condiciones: justo título y buena fe (Petit, 1954: 293). Tenía un tiempo más breve que la “prescriptio longis temporis”, como un modo de adquisición, pero de todas formas había un lapso —aproximadamente dos años—; era la llamada “prescripción corta”. Se ocupa y se adquiere al derecho, *si nadie lo perturba, por el mero transcurso del tiempo*. Hay dos elementos consecutivos: la ausencia de perturbación y el período de ocupación.

“...que aunque no militare esa circunstancia, habiendo estado en posesión inmemorial de dichas tierras han adquirido la propiedad desde que, por el art. 1º de la ley del 31 de Marzo de 1828, se reconoció a los Indios y Mestizos con pleno dominio en las tierras que aquella fecha ocupaban y sin contradicción...”

El precedente invocado es de la década de los '20. Pero es el Ministro de Gobierno quien decide la cuestión, no un juez. El problema se dilucida en la órbita administrativa, donde el procedimiento tiene carácter “rogatorio” y no de “litis” propiamente dicha<sup>10</sup>.

Esto es una característica de la sociedad peruana, incluso en términos actuales<sup>11</sup>; en sus relaciones con la sociedad indígena, por este mecanismo, el Estado sustraía de su jurisdicción natural —el Poder Judicial— los reclamos de tierras y se atribuía, así, una función de arbitraje discrecional. En la época de la Colonia, recordemos, estas cuestiones pasaban por la estructura judicial (Audiencia, Consejo de Indias).

La legitimación de la ocupación de tierras, como modo de adquisición, y el carácter paternalista que asume el Estado, quedan evidenciados en la ley del 24-V-1845 (L.R.L.: 72), prorrogada luego cada veinte años, donde se establece, entre otras disposiciones:

“4º Todos los indígenas pobladores son *dueños* con pleno y absoluto dominio *de los terrenos que cultivaren*. Es extensiva esta gracia a todos los ciudadanos del Perú que se dedicasen a poblar y cultivar”.

“5º La *gracia conocida* por el artículo anterior es *extensiva a todos los extranjeros que ocuparen y trabajaren* terrenos en esos lugares...”

“7º El Gobierno *nombrará una autoridad que dependiendo de el, inmediatamente gobierne* de un modo *paternal* los nuevos pueblos”.  
(*Ibidem*)

- 
10. En la teoría de derecho administrativo, el proceso tiene dos etapas claramente definidas. La primera, el sujeto discute ante las autoridades administrativas la revisión de resoluciones por un procedimiento usualmente denominado “recurso jerárquico”; en sentido vulgar “me quejo ante tu jefe”. En la segunda traba una “litis” en un procedimiento que la teoría denomina “contencioso-administrativo. En esta segunda etapa, el sujeto “pleitea” con el Estado; esto estaba negado, de hecho, en las relaciones descritas.
  11. La superposición de competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial es parte de la trayectoria del Estado peruano. Baste señalar, para 1985, la pretensión del alcalde de Lima de otorgar “títulos de propiedad” sobre inmuebles, careciendo de sustento legal conforme a los dispositivos vigentes. Simple y llana prevaricación.

Se afirma el estado paternalista y sobre-protector pero lo que es más significativo, en forma sutil, se repite la estrategia de los decretos bolivarianos —cf. supra—. Ya no se vende la tierra excedente, sino se declara de libre ocupación. ¿Dónde está la sutileza? Pues en el sistema de agricultura con rotación de cultivos ¿Quién va a determinar si una parcela está en barbecho o es sin cultivar y, por tanto, de libre ocupación? La autoridad administrativa, en mérito al dispositivo indicado. Dispositivos como el del 4-II-1859 (Nieto, 1864), ratificando a los indígenas como dueños con pleno dominio de las *tierras que disfrutaban*, resultan meras declaraciones frente a una realidad no definida.

El Código Civil de 1852, modifica el temperamento sobre bienes comunes del Código Civil de 1836, señalando:

“Art. 459: ...son comunes las que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida...”

Como es conocido, la comunidad indígena no fue una “corporación legalmente reconocida” sino hasta entrado el siglo XX <sup>12</sup>. De allí, la disposición del Código de 1852, que anula en la práctica la interpretación ingeniosa del Código de 1836, dejando nuevamente en el Ejecutivo la capacidad de “reconocer legalmente una corporación”.

Pero hay más, y es respecto al modo de adquirir por ocupación. Veamos:

“Art. 480. El que, por ocupación quiera hacer suya una cosa inmueble que no tiene dueño, se arreglará a lo prescrito en el Código de Enjuiciamiento sobre aplicación de bienes mostrencos”.

Tal disposición —el Código de enjuiciamiento— fue, en la práctica, inexistente, señalando la exposición de motivos de este articulado “son las leyes administrativas las que deben reglar esa adjudicación” (Lama y Goytizolo 1914: 159).

En este punto la cosa me parece sumamente clara. El Poder Administrador es árbitro absoluto en los conflictos de tierras, con capacidad para limitar discrecionalmente las extensiones poseídas por las comunidades indígenas.

---

12. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a los art. 207<sup>a</sup> y ss. de la Constitución de 1933 y, especialmente, el art. 70<sup>a</sup> y ss. del Código Civil de 1936.

Por el lado de los tributos, se recorre también el camino iniciado en la década de 1820. Al parecer, la prestación de servicios personales continuaba en la práctica, como lo atestiguan las disposiciones del 1-X-1845 (C.L.D.O., IX; 260, Nº 266), prohibiendo a los curas tener indios a su servicio sin pagarles; del 17-VI-1851 (*Ibidem*, IX: 132, Nº 144), en el sentido que no se les obligue a servir de pongos y mitayos. Indirectamente, esa idea de protección a la dignidad de los indios, como nacionales, se refleja, también en la ordenanza del 16-IV-1854 (*Ibidem*, XII; 208, Nº 42), *prohibiendo se les obligue a transitar con pasaporte fuera de sus pueblos*.

Estos ideales igualitarios, nuevamente en acción en la palestra política, tienen su culminación con el Decreto del 5-VII-1854, durante el gobierno de Ramón Castilla, suprimiendo el tributo indígena. Los considerandos éticos tienen, como se sabe, la sustentación económica en el guano —cf. considerando III del Decreto. Creo innecesario transcribir textos por tratarse de un dispositivo hartamente conocido.

Debo recalcar, sin embargo, la connotación paternalista y populista que se refleja en este Decreto, como lo señala el considerando V:

“Que la regeneración política, proclamada por los pueblos para corregir los abusos monstruosos de la administración del General Echenique, tiene el fin esencial de hacer prácticos los derechos de libertad, igualdad y *propiedad* escritos en la Constitución de la República, y de hacer en adelante imposibles las dictaduras deshonrosas, fundada en el envilecimiento de las masas” (Oviedo, 1861-70, IV: 366)

Bellas intenciones, pero que, en el caso de la *propiedad* como hemos señalado, la protección de ese derecho queda a merced del poder Administrador.

Un experimento liberal, basado en la libre ocupación de tierras, sin tributación indígena y sujeto a un “paternalismo estatal”. Esa sería una primera conclusión para esta etapa.

#### *Cuarta Etapa: Hacia el Fin del Siglo (1860-1893)*

En este período, se refuerza la línea política de protección, por un lado y de no reconocimiento de la comunidad indígena desde el punto de vista formal, por el otro. Cuatro hechos merecen destacarse para finalizar esta reseña cronológica:

- 1) La Constitución de 1867 deja sin efecto el requisito de “pagar contribución” para ser considerado ciudadano —art. 38º—; mantiene la distinción entre nacionalidad y ciudadanía.
- 2) Una Resolución Suprema del 20-X-1876 (Villarán, 1962: 8 y ss) fija la doctrina estatal frente al hecho que los comuneros continúan con sus tradiciones y distribuciones periódicas. A propósito de una cuestión de competencia entre el Prefecto del Cuzco y el Consejo Municipal, sobre que autoridades deben intervenir en la repartición anual de tierras que los indígenas poseen en común en la provincia de Acomayo, el dispositivo establece:
  - a) Son dueños y libres; los conflictos deben resolverlos el Poder Judicial;
  - b) La autoridad sólo debe intervenir para reprimir desordenes y abstenerse de intervenir en el reparto;
  - c) Que se comunique a todos los prefectos y se tenga por norma general.

*El Poder Administrador, por primera vez, se retira del problema, al interior de la comunidad y lo traslada al Poder Judicial.*

- 3) El Decreto de Piérola del 22-V-1880, por el contrario, parece contradecir el espíritu anterior, al establecer que:

“Los individuos y corporaciones de esa raza tienen derecho a apelar directamente a mí, por escrito o de palabra, de todo atropello...”

Nuevamente el Poder Ejecutivo se convierte en el árbitro supremo, por encima del Poder Judicial, de cuestiones indígenas. Además, por primera vez, en un texto legal, se refiere a las “corporaciones de esa raza” como ente jurídico; sin embargo, como señaláramos anteriormente, no hay un reconocimiento legal en los términos del Código Civil de 1852, que permitiría hacer funcionar el mecanismo legal de “bienes comunes” para las comunidades indígenas. Es un acto de política paternalista, reforzado en cuanto contiene penalidades más severas para aquellos que cometan agravios contra los indios y sus instituciones. Sin perjuicio de la prórroga por otros veinte años, de la ley del 24-V-1845, referida a la ocupación de tierras —cf. supra— (14-X-1887, Aranda 1886, VII: 92), el 11-X-1893, el Congreso aprueba una breve, pero importante ley desde el punto de vista doctrinario (Aranda 1893: 77):

“El Congreso ha resuelto declarar que los indígenas del distrito de Cabana, en la Provincia de Lucanas, *así como todos los demás* de la República, son legítimos propietarios de los terrenos que actualmente poseen en virtud de las leyes de 1824 y demás de la materia...”.

Recurriendo a la práctica tradicional de generalizar a partir de un caso particular, este dispositivo reafirma toda la línea política en materia de tierras de comunidades iniciadas con los decretos bolivarianos; *quienes son propietarios son los indios y no las comunidades. Por otra parte, se insiste en las tierras que “actualmente poseen”*, soslayando el problema que produce la rotación de cultivos en la interpretación del texto, cerrando la posibilidad de cualquier acción reivindicatoria y, sobre todo, evitando pronunciarse sobre las “corporaciones que poseen bienes comunes” a que se refiere el Código Civil, donde claramente encuadrarían las comunidades indígenas.

### *Análisis y Conclusiones*

Ensayemos algunas líneas argumentales.

1) *El “Capitis Diminutio”*. Como se sabe, ésta era una figura jurídica en el derecho romano, derivada de tres elementos esenciales a las personas: libertad, derecho de ciudadanía y derecho de familia (Petit 1954: 218 y ss).

Gayo (I,159 y ss) en base a esos elementos efectúa un análisis “gradual”; “la disminución de capacidad es o bien grande o bien pequeña —mediana como se le llama alguna vez— o bien mínima” (ibidem). *En el caso de la población indígena desde un estado inicial* “los peruanos antes llamados indios” —cf.supra—, van paulatinamente perdiendo esa situación jurídica de igualdad; sus derechos decaen en las sucesivas constituciones.

Si bien no llegan a perder la nacionalidad, el ejercicio de la ciudadanía es restringido. Recuértese, por ejemplo, que la Constitución de 1823, suspendía la ciudadanía en mérito a la condición de “sirviente doméstico” —art. 24º—. Aunque esto parece secundario, frente a la relación con la población indígena organizada en comunidades, evidencia una filosofía política.

Esto se repite en el plano tributario en el Decreto de Unánue de 1826 —cf.supra—, donde se separa a los “indios” de los “demás habitantes”. Desde cierto plano, podemos decir que es esta *degradación de derechos la que el Estado intenta reparar o suplir con una política “paternalista”, ejemplificada en el Decreto de Piérola de 1880.*

2) *La Propiedad de la Tierra*. El ordenamiento individualista propugnado por los Decretos de Bolívar, *implicaba una limitación a la expansión futura de las comunidades indígenas y su liquidación como sujeto de derecho*. En efecto, se insiste que cada indio disponga de su respectivo terreno —Decreto, 8-IV-1824, art. 4º—; se trata de establecer una propiedad individual frente a la organización comunitaria. Si bien se suspende, el reconocimiento que efectúa el Congreso en 1828 es global: “los indios y mestizos son dueños de las tierras que ocupen” —*cf. supra*.

Por un lado, queda suspendido el parcelamiento derivado de los derechos bolivarianos; por el otro, se reconoce un derecho de *propiedad que no se define por titulación, sino por ocupación*. Esta va a ser la doctrina en materia de propiedad en lo que resta del siglo; la *tierra se “invade” y después se “compone”* —*cf. supra* el caso de la villa de Sullana.

Esta situación se legaliza en 1845 —*cf. supra*— como parte, aparente, de una política colonizadora, que, vista desde la perspectiva indígena, es una reedición del concepto bolivariano, pero sin parcelación o titulación individual, ni venta por parte del Estado; la *“invasión” de la tierra no ocupada, ni cultivada, es legítima. Al no haber ni catastro, ni titulación ¿Cómo se dirimen los conflictos?*

*Es el Poder Ejecutivo quien “administra justicia”*. Recuérdese el caso de Huarochirí —*cf. supra*. Sin embargo, esta doctrina parece cambiar hacia 1876, respecto de los conflictos al interior de la comunidad indígena; el Ejecutivo comunica a los Prefectos que aquellos deben resolverlos el Poder Judicial. *Excepción que confirma la regla, no parece haber tenido efectos profundos. El Congreso, en 1893, tiene una vez más, que ratificar por ley los derechos de los indígenas a sus tierras.*

En toda esta trayectoria, de reconocimiento, de “protección” una cosa parece tener continuidad: *no se reconoce a la comunidad indígena como titular de un derecho*. Siempre son “los indios”, en sentido genérico e impreciso. Así, toda la concepción de propiedad queda sujeta a una ambigüedad, permitiendo un margen de maniobra a la política gubernamental; decretos y resoluciones de Prefectos, Ministros y Presidentes, resuelven sobre derechos de propiedad.

3) *El Estado Paternalista*. Concomitantemente con el “capitis diminutio” y el manejo discrecional de la propiedad de la tierra, el Ejecutivo se yergue como el “protector”; el Decreto de Piérola de 1880 legaliza formalmente una política que se venía desarrollando: “el proteger a los indios”. Por un lado se

los coloca como “víctima”, pero por el otro, se fomenta una política de ocupación de tierras donde aquellos van a ser los perjudicados; en un contexto de ambigüedad frente a la organización jurídica de la propiedad, obviamente se justifica la “protección”. Pero lo importante es resaltar que esa posición deriva, precisamente de esa ambigüedad de derechos; se sabe que hay una comunidad indígena, pero no se la hace sujeto del derecho. Se sabe que los indios tienen tierras, pero no se deslindan y se señalan como las que “ocupen” o “cultiven”.

*Es entonces que la figura de la “protección” puede verse como una creación política; mantener a la población indígena jurídicamente disminuída para entonces “protegerla de los abusos”. Mantener sin definición jurídica a las comunidades indígenas, para convertirse en árbitro de los conflictos de tierras.*

En conclusión, a través de la legislación se percibe una línea política tendiente a controlar y manejar a la población indígena en un contexto jurídico pseudo-liberal, que en la práctica continúa con la tradición del Estado Colonial. La división de poderes y la independencia jurisdiccional de los mismos pilares, democracia representativa y del liberalismo europeo del siglo XIX, no parece haber tenido lugar efectivo en el Estado Peruano de la época.

## BIBLIOGRAFIA

### *Fuentes de Legislación*

- ARANDA, Ricardo, ed.  
1878-1893 *Leves y Resoluciones de Carácter General y Local expedidas por los Congresos Ordinarios y Extraordinarios*, Imp. del Universo, Lima
- CODIGO  
1836 *Código Civil (Confederación Perú-Boliviana)*, José Masías, Lima.
- [1936] 1972 *Código Civil*, América, Lima
- C.L.D.O.  
1830-42 *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicados en el Perú desde su Independencia*, T. I a VII, Masías, Lima
- 1852-53 *Colección de leyes. Decretos y Ordenes publicados en el Perú desde su Independencia*, T. VIII a XII. Ortiz, Huarás
- L.R.L.  
1860-65 *Leyes y resoluciones dictadas por la Legislatura*, Edición Oficial Belaunde, Imp. de El Comercio, Lima
- L. y D.  
1873 *Leyes y Decretos. 1868-1873*, Imp. del Estado, Lima
- 1876 *Leyes y Decretos. 1874-1876*, Imp. del Estado, Lima
- LAMA, Miguel Antonio, y Pedro Goytizolo, eds.  
[1852] 1914 *Código Civil concordado*, Imp. Gil, Lima
- NIETO, Juan Crisóstomo, ed.  
1864 *Colección de Leyes. Decretos y Resoluciones expedidos en el Perú desde el principio de su Independencia*, Lima

OVIEDO, Juan, ed.  
1861-70 *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de Diciembre de 1859*, Lima

PAREJA PAZ SOLDAN, José  
1954 *Las Constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid

### *Obras Citadas*

BASADRE, Jorge  
[1937] 1985 *Historia del Derecho Peruano*, Edigra S.A., Lima

BLANC-JOUVAN, Xavier  
1964 "Les droits fonciers collectif dans les cotumes malgaches", *Revue Internationale de Droit Comparé*, XX, 1, París, Janvier-Mars

BURDESE, Alberto  
[1975] 1982 *Manuale di Diritto Privato Romano*, U.T.E.T., Torino

DERRET, Duncan  
1962 "The Development of the concept of property in India", en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Stuttgart

GAYO  
1966 *Instituciones Jurídicas*

LAWSON, F. H.  
1967 "Family property and individual property", en *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. V, Londres

MARILUZ URQUIJO, José M.  
1978 *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, Perrot, Buenos Aires.

MATIENZO, Juan de  
[1567] 1967 *Gobierno del Perú*, ed. y est. prel. de Guillermo Lohmann Villena, Institut Français d'Etudes Andines, París-Lima.

- NOEJOVICH, Héctor Omar  
1986 "El régimen de bienes en la América Precolombina y el hecho colonial", en VII Simposio de Historia Económica, CLACSO-Instituto de Estudios Peruanos, Lima
- OTS Y CAPDEQUI, José M.  
1941 *El estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México.
- PETTIT, Eugene  
1954 *Tratado elemental de Derecho Romano*, Albatros, Buenos Aires
- VILLARAN, Manuel Vicente  
1962 *Páginas escogidas*, Lima
- ZAVALA, Silvio  
1971 *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Porrúa, México