



Antonio Peña Jumpa^(*)

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

Resumen: El presente ensayo trata del derecho de propiedad en las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú, identificadas como pueblos indígenas u originarios en el continente Americano. El derecho de propiedad de estas comunidades es particular o diferente en cada grupo de comunidades y en cada comunidad, pero comparten ciertos criterios generales que están basados en la distinción entre propiedad familiar y propiedad comunal. A partir de esta distinción se derivan y construyen principios, normas y procedimientos sobre su derecho de propiedad. La Constitución Política del Perú, a través de su artículo 89 y la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo protege la autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras de estas Comunidades, otorgándoles derechos especiales respecto al uso de sus recursos naturales y las garantías de los principios de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad.

Palabras clave: Derecho de propiedad - Comunidad - Comunidades andinas - Comunidades amazónicas - Recursos naturales - Libre disposición de tierras

Abstract: This article deals with the right of property in Andean and Amazonian communities in Peru, considered as indigenous or aboriginal peoples of the American continent. Rights of property within these communities are specific or different in each group of communities and in each community but they share certain general criteria that are based on the distinction between family property and communal property. Principles, norms and procedures related to the right of property are all derived and constructed based on this distinction. Article 89 of the Peruvian Constitution and Convention 169 of the International Labor Organization protect these communities' autonomy in the use and free disposition of their lands, giving them special rights in the use of their natural resources and guarantees of imprescriptibility, inalienability, and unattachability.

Keywords: Right of property - Community - Andean communities - Amazonian communities - Natural resources - Free disposition of lands

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal por la misma casa de estudios. Magíster en Ciencias Sociales. PhD en Derecho.

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru



Las comunidades Andinas y Amazónicas reflejan el pasado original que identificó el territorio Peruano y, en gran parte, el territorio sudamericano. Antes que llegaran los españoles, o europeos en general, los pobladores originales del Perú, identificados a través de culturas milenarias, ya habían desarrollado sus vidas ocupando los diversos pisos ecológicos del territorio⁽¹⁾.

Desde la ladera hasta la puna, las Comunidades Andinas construyeron grandes civilizaciones conocidas mundialmente, como fue el caso de los Incas.⁽²⁾ Las Comunidades Amazónicas,

a su vez, menos conocidas históricamente, han ocupado los diversos pisos ecológicos de la Amazonía desde tiempo inmemorial, cuidándolos y haciéndolos provechosos para la humanidad actual. Ambos grupos de comunidades reflejan una identidad histórica cultural, donde el concepto de propiedad está incluido⁽³⁾.

A partir de un breve trabajo de campo con Comunidades Andinas Aymaras y Comunidades Amazónicas Kandozi y Shapras, se presenta el concepto de propiedad que ellos han desarrollado. Ciertamente que cada comunidad tiene su particularidad, pero dentro de éstas es posible identificar ciertos criterios generales que identifican tanto a Comunidades Andinas y Comunidades Amazónicas.

La información de campo que se presenta corresponde a dos zonas de estudio. La primera de ellas corresponde al Sur Andino del Perú, específicamente la Región de Puno, donde el autor desde el año 1988 ha trabajado con los Aymaras de comunidades de la Provincia de Huancané. La segunda zona de estudio corresponde a la Amazonía Norte del Perú, en la Región de Loreto, donde el autor viene trabajando desde el año 2010 con los Kandozis y Shapras de comunidades de la Provincia de Datem del Marañón. En la medida de lo posible, sumaremos información de las

(1) Ver al respecto a MASON, John Alden. *The ancient civilizations of Peru*. Harmondsworth: Penguin Books. 1968, Reimpreso en 1978; y VALCÁRCEL, Luis Eduardo. *Historia del Perú Antiguo*. 3 volúmenes. Lima: Editorial Juan Mejía Baca, 1978.

(2) Confrontar a MURRA, John. *Andean Societies before 1532*. En: *The Cambridge history of Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press. Volumen I. 1984.; y ROSTWOROWSKI de Diez Canseco, María. *Historia del Tahuantinsuyu*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP. 1988.

(3) Se puede consultar al respecto a DEL CASTILLO PINTO, Laureano. *Conflictos en tierras de Comunidades Campesinas y legislación*. En: *Las Comunidades Campesinas en el siglo XXI*. Editorial ALLPA, Lima, 2004.; FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. *Comunidades Campesinas y Nativas: comentario al artículo 89 de la Constitución Política del Perú 1993*. En: *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Tomo I, 2005.; LAOS, Alejandro (editor), Marlene Catillo, Laureano Del Castillo, Carlos Monge y Minda Bustamante. *Las Comunidades Campesinas en el siglo XXI*. Lima: Grupo Allpa, Comunidades y Desarrollo. 2004.; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; AROCA Medina, Américo Javier; y otros. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Editorial CAAAP. Lima, 1993.; BALLÓN AGUIRRE, Francisco. *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas*. Defensoría del Pueblo. 2da. Edición, Lima, 2004.



Antonio Peña Jumba

Comunidades Andinas Quechuas y Comunidades Amazónicas Aguarunas, con las que el autor también ha laborado.

Se inicia el ensayo con un breve esbozo teórico de los conceptos de Comunidad, Derecho y derecho de propiedad. Luego se presenta información de campo sobre el derecho de propiedad en las Comunidades Aymaras de estudio. A continuación se presenta el derecho de propiedad entre las Comunidades Kandozi y Shapras de estudio. Finalmente se analiza el reconocimiento y protección de los Derechos de Propiedad tratados previamente, a partir de su conceptualización en el Derecho Constitucional del Perú.

Cabe advertir que el ensayo que se presenta es un trabajo preliminar que invita ante todo a una profundización y mayor reflexión de los temas tratados. Se recurre a una metodología basada en el testimonio de trabajos de campo realizado en años anteriores y complementariamente en el análisis exegético o dogmático de normas constitucionales. Con esta metodología se busca sistematizar y sintetizar diversos temas que abarcan el concepto y derecho de propiedad entre las Comunidades Andinas y Amazónicas. Pero ciertamente que este concepto y derecho de propiedad en la realidad es mucho más extenso conduciéndonos a nuevos temas que son difíciles de abordar en un corto ensayo. De ahí la invitación a trabajos nuevos y específicos.

1. Comunidad, Derecho y derecho de propiedad en el Perú

El concepto de Comunidad, como el concepto de Derecho son dos mega conceptos difíciles de definir. El primero más vinculado con las ciencias sociales como la sociología y la antropología, trata sobre la vida y la composición de grupos humanos que han poblado históricamente el planeta. Se trata de un concepto material o de hecho, dado que podemos conocer, ver y sentir lo que es una comunidad. El segundo, más vinculado con la teoría de la Justicia para unos o las ciencias

jurídicas para otros, trata sobre las reglas o normas, los principios y los procedimientos que identifica a los grupos humanos como el de las Comunidades. Se trata más de un concepto abstracto y formal, dado que más lo pensamos y lo formulamos.

A continuación desarrollamos brevemente ambos conceptos, para al final tratar de presentar el derecho de propiedad.

1.1 El Concepto de Comunidad

La Comunidad constituye un sistema de vida que identifica a los miembros de un grupo humano o social, quienes asentados en un espacio físico determinado deciden realizar prácticas comunes para el desarrollo de sus vidas y sujetar sus decisiones individuales o familiares a decisiones colectivas⁽⁴⁾. De esta definición interesa destacar tres elementos principales: el espacio físico común, prácticas de vida común y la prioridad de decisiones colectivas.

La comunidad tiene, en primer lugar, un espacio físico común denominado terreno, tierra o territorio. En este terreno o territorio de la comunidad viven los miembros de la misma comunidad, realizando el desarrollo de sus vidas.

En segundo lugar, la comunidad tiene prácticas de vida común basada en una identidad cultural. Esto significa la capacidad de sus miembros de compartir uno o más idiomas, compartir sus costumbres y fiestas, y desarrollar su sentido de ser humano como niño, hombre, mujer, miembro de una familia, solidario con el desprotegido, etc.

(4) Revisar a CASTRO-POZO, Hildebrando. *Nuestra Comunidad Indígena*. Perugraf, 2da. Edición. Lima, 1979; PLAZA, Orlando y FRANCKE, Marfil. *Formas de dominio, Economía y Comunidades Campesinas*. DESCO, 2da. Edición. Lima, 1985; CONTRERAS, Carlos. *Comunidades campesinas y nativas: normatividad y desarrollo*. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989, PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima; Fondo Editorial PUCP, 1998. y DIEZ HURTADO, Alejandro. *Comunidades mestizas: tierras, elecciones y rituales en la sierra de Pacaipampa (Piura)*. Lima: PUCP y CIPCA. 1999, entre otros.

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

Un tercer elemento lo constituye la prioridad, en sus relaciones sociales, de los acuerdos colectivos o comunales. Esto significa que el ser humano o individual de una comunidad interactúa con sus hermanos, su pareja, su vecino o colega, construyendo una organización social basada en relaciones colectivas o comunales con prioridad a sus relaciones individuales. Una primera organización colectiva lo constituye su unidad familiar que puede ser nuclear (padre, madre e hijos) o extendida (incluye abuelos, tíos y sobrinos principalmente). Una segunda organización colectiva la constituye la Comunidad en sí, o su organización comunal⁽⁵⁾. En esta última destaca la presencia de autoridades comunales tradicionales como el Yatire (sabio) en los Aymaras o el Apu (jefe) en los Kandozis y Shapras, o autoridades modernas como el Presidente de la Comunidad o su Teniente Gobernador que se encuentran legitimados por rotación de los cargos o por relaciones de parentesco entre todas las unidades familiares.

Estos tres elementos nos dan una idea de lo que significa una comunidad y ser parte de la misma. La sistematización que presentamos responde básicamente a dos experiencias o modelos de vida de comunidades: una es la experiencia de las comunidades Aymaras de Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería, Villa Quishuarani, Chijichaya, Sustía Munaypa y Huancho de la Provincia de Huancané en la Región de Puno (visitadas desde el año 1988). La otra es la experiencia de las comunidades Kandozis de Musa Karucha, Nueva Yarina, Nuevo Progreso y las comunidades Shapras de Unanchay e Inca Roca de la Provincia Datem del Marañón en la Región

de Loreto (visitadas desde el año 2010), a los que se puede complementar la experiencia de las comunidades Aguarunas de Yamayakat, El Nazaret y Wachapea de la Provincia de Bagua en la Región de Amazonas (visitadas el año 2009).

1.2 El concepto de Derecho

El concepto de Derecho, de otro lado, significa el conjunto de reglas o normas, principios y procedimientos que identifica a un grupo humano o social, como es el caso también de una comunidad⁽⁶⁾. Es un concepto intrínseco al grupo humano como tal, en tanto éste recurre a dicho concepto como medio y como fin para hacer posible la convivencia entre dos o más personas.

Los principios del concepto de Derecho son los valores que se construyen desde sus orígenes y dan sentido al grupo humano o social. “El respeto del hermano o los hermanos” en una comunidad, por ejemplo, es un principio construido históricamente por los individuos y las familias de la comunidad para hacer posible el desarrollo de éstas y también hacer posible su convivencia. Bajo este principio es normal que dos hermanos o hermanas no estén en disputa por un terreno o un bien

(5) Ver a PLAZA, Orlando y FRANCKE, Marfil. *Formas de dominio, Economía y Comunidades Campesinas*. DESCO, 2da. Edición. Lima, 1985, ALBO, Javier. *Esposos, suegros y padrinos entre los aimaras*. En: Parentesco y matrimonio en los Andes. Lima: Fondo editorial PUCP, 1980, PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998.

(6) Al respecto se puede revisar a PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998, basado en KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1979, DEL VECCHIO, Giorgio. *La Justicia*. Madrid: Góngora, 1925, RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, y VILLEY, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona (España): Cunsa, 1979, pero también PEÑA JUMPA, Antonio. *Communitarian Law and Justice based on Peoples Identity. The Aymara experience*. Leuven (Bélgica): Khatolieke Universiteit Leuven. PhD. 2006, basado particularmente en SAVIGNY, Karl Von. *De la Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: editorial Heliasta, 1977. Primera edición en alemán en 1814, HERNÁNDEZ Gil, Antonio. *Metodología del derecho, ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, JHERING, Rudolf Von. *La Dogmática Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946. Primera edición en alemán en 1883, WEBER, Max. *Economía y Sociedad; esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica. 2 volúmenes, 1974. Primera edición en Alemán en 1922. y CHIBA, Masaji. *Three dichotomies of law in pluralism*, in *Tokai Law Review*, Tokio, No.1, 1987.



Antonio Peña Jumpa

heredado de sus padres, pero igualmente será normal que entre hermanos se brinden asistencia a través del *Ayni* o prestación de trabajo en reciprocidad.

Las reglas o normas del concepto de Derecho se refieren a construcciones lógicas que, a partir de su relación con los principios del mismo grupo humano, son decididas por sus autoridades o sus representantes. La regla o norma construida por los miembros del grupo social establece derechos y obligaciones entre los sujetos involucrados. Así, la regla de participar en Minka (comunidades Aymaras) o Minga (comunidades Kandozis y Shapras) para construir una escuela, otorga el derecho a los miembros de una comunidad a disfrutar de un encuentro de todos los representantes familiares de la comunidad para construir la escuela, pero también para exigir que todos sus vecinos participen. La Minka o Minga también otorga obligaciones, y en particular destaca aquella que fuerza a todos los miembros de la comunidad a cumplir con su participación para hacer posible que, una vez terminada la obra, se beneficien los niños o familias. En este último caso, los miembros de la comunidad pueden acordar la imposición de una sanción a quien incumple injustificadamente con participar en la realización colectiva de la obra⁽⁷⁾.

Los procedimientos del concepto de Derecho, por último, definen las etapas o conjunto de actos que hace posible la elaboración o cumplimiento de las reglas o normas que, a su vez, reflejan los principios que identifican al grupo humano o social. Los procedimientos se componen de reglas o normas que hacen posible que los miembros del grupo humano o social cumplan con un objetivo o finalidad práctica, reconocida por el mismo grupo. La elección del Presidente de una comunidad, por ejemplo, supone el cumplimiento de un conjunto de reglas y etapas que componen el procedimiento. Así, hay una etapa de convocatoria, una etapa de información, una etapa de votación, una etapa de conteo de votos, así como una etapa de proclamación. El procedimiento hace posible la convivencia o sentido colectivo del grupo social o la comunidad.

Los principios, las reglas y los procedimientos están relacionados unos a otros para hacer posible el concepto de Derecho dentro del grupo social o la comunidad. Si se excluye

uno de estos elementos se pierde o deja de existir el concepto de Derecho.

1.3 El derecho de propiedad

Antes de definir el derecho de propiedad es importante definir el concepto de propiedad.

La propiedad puede definirse como una relación que los miembros de un grupo social o una comunidad establecen entre sí teniendo como referencia bienes o cosas que consideran suyas o bajo su dominio⁽⁸⁾. Los bienes pueden ser recursos naturales, como el agua, la madera o una parcela de terreno, pero también puede ser frutos o productos como los cereales de una cosecha, una silla, una mesa o una casa. Estos bienes o cosas son la razón particular del concepto de propiedad; solo a través de ellos es que se puede establecer la relación de las personas que conduce al concepto. Por ejemplo, la propiedad de un terreno está definida por el terreno de referencia sin el cual no se puede hablar de propiedad. Las personas se relacionan entre sí para decir “este terreno es mío” o “este terreno no es tuyo”, pero sin la existencia del terreno (bien o cosa) no es posible afirmar o negar su propiedad.

Pero también la relación de las personas que tiene como referencia un bien o cosa, puede conducir a una tipología especial de características de la propiedad. Estas características principales son: posesión, usufructo, disposición o transferencia y protección de dichos bienes o cosas. Cada una de estas características solo son posibles por la referencia de un bien o cosa.

A partir de la definición previa de propiedad, cabe afirmar que el derecho de propiedad consiste en el conjunto de principios, reglas y procedimientos relacionados con el concepto de propiedad de un

(7) Confrontar PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998.

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

grupo social o comunidad determinada. Las personas o miembros de un grupo social o comunidad determinada establecen sus relaciones particulares basada en los bienes o cosas que tienen de referencia, reconstruyendo cotidianamente los principios, reglas y procedimientos de esta relación.

2. El concepto de propiedad en las Comunidades Andinas

La propiedad en las Comunidades Andinas está vinculada a su medio geográfico y su cultura. El medio geográfico es vivo en el mundo de las comunidades. Los cerros, las laderas, los ríos, las lagunas, los bosques o la pampa son espacios geográficos que interactúan con las lluvias, el viento, la granizada, el sol y la presencia del ser humano.

La extensión de la propiedad en las Comunidades Andinas del Sur Andino es variable. Esta extensión depende de la zona y piso ecológico donde se encuentre la Comunidad, así como de su historia social y cultural. Su extensión puede oscilar entre 283 hectáreas, como ocurre en la Comunidad de Calahuyo, a 1013 hectáreas como ocurre con la Comunidad de Titihue que incluye 3 sectores. En el caso de la comunidad de Tiquirini-Totería su extensión territorial es diferente, porque se suman dos partes diferentes: de un lado, se suman 299 hectáreas del territorio original de la comunidad (ubicado en la zona ladera, igual que Calahuyo y Titihue) y, de otro lado, se suma un territorio de 1000 hectáreas que fue adjudicado por gestión de sus comuneros (ubicado en el piso ecológico de puna, distante del territorio original).⁽⁸⁾

Bajo esta variabilidad en la extensión de sus territorios, las Comunidades tienen a la propiedad como un medio dinámico, supeditado a su geografía y a los cambios que devienen día a día, desarrollando con ello su propio concepto de cultura. Dentro del contexto dinámico hay espacios de estabilidad relativa donde los comuneros han identificado sus parcelas de terreno y dentro de éste construyen sus viviendas.

Estas viviendas y sus parcelas de terreno establecen la relación más personal que tienen los comuneros, practicando a su lado la agricultura y la ganadería como sus principales actividades económicas.

Una parcela de tierra puede constar de 200 o 400 metros cuadrados, pero en conjunto una familia puede tener varias parcelas que hacen en conjunto entre 1 y 8 hectáreas. En un registro de la Comunidad Aymara de Calahuyo se obtuvo el siguiente registro:

Extensión total de parcelas	No. de Familias poseedoras	Porcentaje
Menos de una hectárea	18	22.8
Más de 1 a 2 hectáreas	42	53.2
Más de 2 a 3 hectáreas	11	13.9
Más de 3 a 4 hectáreas	4	5.1
Más de 4 a 5 hectáreas	2	2.5
Más de 5 a 6 hectáreas	-	-
Más de 6 a 7 hectáreas	2	2.5
Total	79	100

Como puede apreciarse, en las comunidades Aymaras del Sur Andino, como es el caso de Calahuyo, la posesión de parcelas de terrenos es heterogénea. Si bien el grueso de familias poseedoras se ubica en el grupo de quienes poseen entre 1 hectárea hasta 2 hectáreas, también existen familias que poseen menos de una hectárea y otras que poseen más de 3 y hasta 7 hectáreas. En otras comunidades Andinas, como es el caso de Cajamarca, la

(8) Sobre el concepto de propiedad y el derecho de propiedad en diversas perspectivas puede revisarse a AVENDAÑO Valdez, Jorge. *Los Derechos Reales, Selección de Textos*. Lima: PUCP, Facultad de Derecho, 1986; JOSSELAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen III. Buenos Aires: Bosch, 1950; ROMERO Romaña, Eleodoro. *Derecho Civil: los Derechos Reales*. Lima: P.T.C.M, 1947; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I, Tomo III, Derecho de Bienes*. 3ra. Edición. Volumen I. Barcelona: Librería Bosch, 1977; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*. 4ta. edición. Lima: P.L. Villanueva, 1973; BULLARD Gonzales, Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial: Reales vs. Obligaciones*. Lima: Lluvia, 1990.

(9) Ver PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004.



Antonio Peña Jumpa

extensión total de parcelas de una familia comunera puede ser sobre las 7 u 8 hectáreas, pero también se pueden encontrar comunidades excesivamente fraccionadas, donde las parcelas de la gran mayoría de familias son menores de una hectárea, como ocurre en las comunidades Aymaras de Moho, en la misma región de Puno⁽¹⁰⁾.

Al lado de las parcelas familiares aparecen otros espacios de estabilidad relativa como los cerros, incluyendo sus laderas, los bosques, los lagos y los ríos. Estos son espacios menos estables geográficamente que sus parcelas o viviendas familiares, pero que aparecen como complementarios a su desarrollo individual y familiar; se identifican como bienes comunales. En los cerros se encuentra el pastizal para uso común, en los bosques se puede encontrar la madera y frutos que sirven para el consumo diario del conjunto de familias, así como en los ríos o lagos se encuentran los peces que se integran a la dieta diaria de los comuneros andinos. En las laderas, además, los comuneros pueden trabajar juntos para convertirlas en andenes o parcelas de uso común para la agricultura, complementando con ello sus ingresos familiares.

La propiedad en las comunidades Andinas se constituye así en propiedad familiar y propiedad comunal. Las parcelas y su vivienda aparece normalmente como propiedad familiar, en tanto los pastos, los bosques, los peces, los andenes o parcelas de laderas aparecen como propiedad comunal. Al lado de estos dos tipos principales de propiedad se desarrolla propiamente la cultura de los comuneros como indicáramos⁽¹¹⁾. Así, la cultura de su organización social al lado de la organización económica se desarrolla distinguiendo lo familiar y lo comunal, la cultura de las fiestas patronales y la propia resolución de sus conflictos igualmente distingue entre lo familiar y lo comunal. La cultura se gesta en las relaciones de propiedad, pero desde la cultura también se consolidan estas últimas.

Dentro de la misma cultura de las Comunidades Andinas relacionada a la propiedad aparece el derecho de propiedad. Entre los comuneros se desarrollan principios, reglas y procedimientos sobre la propiedad.

Los principios se relacionan con el origen de la propiedad y las condiciones para su desarrollo. Estos principios son los que permiten distinguir entre propiedad familiar y propiedad comunal. Al conocerse y sentirse la necesidad de una familia en cuanto a vivienda y tierras el principio que se gesta es el de la primacía del uso de parcelas por familias y el acceso a la vivienda de toda familia. El propio principio limita a los individuos: las parcelas de tierra y la vivienda son bienes que favorece a la familia como un ente, en el que se integran padres e hijos, no a los individuos solos o separados de esta familia.

Los principios también se relacionan con el interés colectivo que brota de la propiedad de los cerros, bosques, lagos y ríos. Al ser necesarios estos bienes como complemento para cada familia pero, sobre todo, al participar todas las familias en su cuidado y uso, se legitima una relación de este conjunto de familias entre sí teniendo como referencia dichos bienes. Los pastos de los cerros, los árboles de los bosques, como los peces de los ríos o lagos son bienes de la naturaleza y no productos de la intervención familiar, por lo que se debe compartir y cuidar entre todos. Lo colectivo aparece así como oposición de lo particular o lo familiar: hay bienes que corresponden a todos, que son más útiles y se justifican como propiedad de todos, desarrollando el principio del ser colectivo entre los comuneros.

Pero los principios también se relacionan con la vocación cosmogónica de los comuneros y su propiedad. Las parcelas familiares y los pastos y otros bienes comunales, se conectan con seres o deidades sobrehumanas. Así, el conjunto de parcelas agrícolas, familiares o

(10) Aquí recalamos el trabajo de campo realizado en Puno, durante los años 1988 y 1989, así como el trabajo de campo más reciente realizado en Cajamarca, los años 2006 y 2008.

(11) Ver también a PLAZA, Orlando y FRANCKE, Marfil. *Formas de dominio, Economía y Comunidades Campesinas*. DESCO. 2da. edición. Lima, 1985.

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

comunales, de la comunidad, se conectan con la *Pachamama* (Madre tierra), una deidad de la fertilidad. Igualmente, los cerros de la comunidad, con pastizales o no, se conectan con los *Apus* o *Achachilas*, deidades que lo ven todo y cuidan de la comunidad⁽¹²⁾.

De otro lado, las reglas y los procedimientos aparecen como elementos más objetivos en el derecho de propiedad familiar y comunal de los comuneros andinos. Veamos primero una referencia de las reglas y procedimientos de la propiedad familiar y luego las reglas y procedimiento de la propiedad comunal.

Las reglas de la propiedad familiar resaltan la protección de sus bienes principales como son las parcelas familiares. Estas no se pueden enajenar a terceros extraños a la comunidad, pero si pueden transferirse a un familiar o pariente o miembro activo de la comunidad. Esta es una regla histórica que conservan los miembros de las comunidades del Sur Andino que es la que les ha permitido mantener la integridad e identidad de su comunidad. Igualmente se establece que las parcelas familiares se respetan por las otras familias y por el propio conjunto de la comunidad. Esta es otra regla histórica que ha permitido a las familias cierta privacidad para su desarrollo y para contribuir apropiadamente con la comunidad.

En el mismo sentido, otra regla histórica o base en las comunidades consiste en respetar lo que cada familia hace con su parcela de terreno: sembrar, descansar la tierra, criar vacunos u ovinos, gallinas o cuyes, etc. Ello siempre que no se afecte a sus vecinos. Por ejemplo, no cabe dejar al ganado al borde de la parcela vecina porque puede dañar la cosecha de la familia vecina propietaria, o no cabe dejar a su ganado suelto porque seguro se pueden desplazar a las parcelas vecinas causando daños. Bajo estas reglas de la propiedad familiar es posible consolidar un respeto mutuo y "el cariño" entre familias y comuneros en general.

Los procedimientos aplicados a la propiedad familiar se componen de un conjunto de reglas que hace posible la

decisión tomada por un comunero y su familia respecto a sus bienes o su propiedad. Si una familia acuerda transferir una de sus parcelas de terreno, el conjunto de comuneros de la comunidad entiende que dicha familia debe cumplir con un procedimiento: primero ofrecer la venta o transferencia de su terreno a un familiar cercano o directo, y solo después ofrecerlo a quien no es familiar directo. Igualmente, cuando una familia entra en líos con otra porque supuestamente no respetó los límites de su parcela invadiendo la que no es suya, la familia afectada conoce de un procedimiento de queja o reclamo que consiste primero en conversar con el invasor (quien puede ser su hermano, primo o un familiar lejano) normalmente con el apoyo de un familiar, y si no consigue su comprensión recién recurrirá a la autoridad de la comunidad. En forma similar, en el caso que una parte familiar omite atar a sus animales, ocasionando que éstos se desplacen a terrenos vecinos dañando las cosechas, las familias afectadas conocen del procedimiento para limitar esa actitud omisiva del denunciado: recurrir llamando la atención del faltoso directamente, recurrir ante los familiares del faltoso, sino recurrir ante las autoridades de la comunidad para que le llamen la atención y pague los daños ocasionados.

En la propiedad comunal, las reglas y los procedimientos también están presentes. Entre las reglas podemos destacar que la propiedad comunal nunca se transfiere y sus frutos son compartidos por todos los miembros familiares. La regla de la inalienabilidad se fundamenta en la misma razón de protección del territorio de un Estado: no puede ser enajenado. Esto no quita que en algún

(12) Revisar PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998, PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004, PEÑA JUMPA, Antonio. *Communitarian Law and Justice based on Peoples Identity. The Aymara experience*. Leuven (Bélgica): Khatolieke Universiteit Leuven. PhD. 2006.



Antonio Peña Jumpa

momento se produzca el intercambio de tierras con una comunidad vecina con el fin de dar fin a un conflicto territorial o el compartir parte de un bosque en disputa con otra comunidad vecina. En tal caso el procedimiento que opera es el acuerdo en asamblea y negociación a través de los representantes de la comunidad (su Presidente y/o su Teniente Gobernador). Luego de la aceptación por los comuneros de iniciar las negociaciones, los representantes se reúnen para llegar a los acuerdos preliminares que serían sometidos a la asamblea. Esta definirá en última instancia la aprobación del acuerdo o la propuesta, mediante voto unánime o por consenso.

Otra regla importante a nivel de bienes comunales es la que opera respecto a los beneficios comunales, como la participación en la siembra y cosecha de las parcelas comunales, en el goce de los pastos comunales o ingreso a los bosques para extraer frutos, madera u otros bienes. Todas las familias están facultadas a gozar de dichos beneficios. En caso una familia se vea impedida de gozar de dichos beneficios, entonces opera el respectivo procedimiento de reclamo. La familia afectada recurrirá a las autoridades encargadas de la actividad o de la distribución del beneficio, y en caso no sea atendida recurrirá a las autoridades centrales de la comunidad o a la Asamblea.

Igualmente, como reglas en las comunidades se establece que todas las familias o sus representantes están obligados a tomar parte en las faenas comunales, como en la limpieza de un río o los canales de regadío, la construcción o reconstrucción de andenes, o la reparación o construcción de una aula de la escuela. Para ello, se recurre a un procedimiento previo y posterior. El procedimiento previo supone el acuerdo en Asamblea para realizar la obra, en el mismo que se acuerda la sanción a aplicar, generalmente multa, a la familia que no participa. El procedimiento posterior es justamente de fiscalización del cumplimiento del acuerdo: se comprueba que todas las familias tomen parte, y aquella que no ha participado será convocada por las autoridades y, de ser el caso, sancionada en la próxima asamblea.

Así, principios, reglas y procedimientos componen el concepto de propiedad entre los comuneros del Sur Andino. Los tipos de propiedad que destacan son los que hemos identificado como propiedad familiar y propiedad comunal. En ellos destacan los principios, reglas y procedimientos, que no son otros que aquellos relacionados a los bienes de las comunidades y que han hecho posible la vida en comunidad. En ambos, propiedad familiar y comunal, se desarrolla la cultura de los comuneros. En ambos también es posible encontrar una complementariedad. Pero, cuando se trata de respetar y proteger ambas, es el interés del conjunto de familias o interés comunal el que primará.

3. El concepto de propiedad en las Comunidades Amazónicas

En las Comunidades Amazónicas Aguarunas, Kandozis y Shapras, el concepto de propiedad sigue, en general, la estructura esbozada para las Comunidades Andinas sobre los derechos de propiedad familiar y comunal. Pero, esta estructura está aplicada sobre dos particularidades diferentes: una, la extensión de los territorios de las Comunidades Amazónicas es sorprendentemente mayor al de las Comunidades Andinas, por su relación con extensos bosques, ríos y lagos comunales en ambientes tropicales, y, dos, las relaciones de los miembros de las Comunidades Amazónicas con sus bienes o cosas está basada prioritariamente en relaciones familiares más cercanas pero itinerante⁽¹³⁾, descendientes normalmente de dos troncos comunes, bajo la autoridad del

(13) Las relaciones de parentesco en los Kandozis, y por extensión en sus hermanos Shapras, está basada en el "redoblamiento de alianzas". Esto supone grupos locales conformados por un grupo de hermanos y hermanas que se han casado con otro grupo de hermanos y hermanas, ambos originariamente de distintos grupos locales, según refieren García y Surrallés en: GARCÍA HIERRO, Pedro y Alexandre SURRALLÉS. *Antropología de un Derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*. Copenhague: IWGIA, 2009. Pero, además, son grupos locales que una vez conformados (cuando las familias nucleares tienen hijos), se movilizan a un nuevo lugar diferente al de sus padres o troncos originarios,

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

Apu o Jefe que no es otro que un familiar mayor destacado o preparado para tal fin.

La extensión de los territorios de las Comunidades Amazónicas ha sido y aún es muy difícil de delimitar. Esta extensión ha sido definida por la posesión de sus miembros familiares que se ha realizado en forma transitoria y periódica en las distintas partes o sectores de sus respectivos territorios, a lo largo de su historia. Pero, ocurre además que en muchos casos las comunidades comparten parte de sus territorios, como es el caso de bosques cercanos a dos comunidades, lo que hace cuestionable cualquier registro separado. Una comunidad Kandozi como Musa Karucha, por ejemplo, puede componerse de 20 familias nucleares pero demanda una extensión de 10000 hectáreas de bosques y la titularidad sobre el Lago Rimachi o sobre parte del mismo (que mide aproximadamente 75 kilómetros de perímetro) porque sus miembros han pescado históricamente en el mismo. Las Comunidades Shapras demandan extensiones de terreno semejante.⁽¹⁴⁾

Comunidades Amazónicas con territorio registrado pueden identificarse en la región de Amazonas, donde podemos citar los casos de Comunidades Aguarunas del Alto Marañón. En estas Comunidades, las extensiones reconocidas superan las 1,000 hectáreas, pero resultan insuficientes, de acuerdo a una muestra recogida anteriormente: la Comunidad de Yamayakat, incluyendo un anexo, tiene un total de 1,382

hectáreas reconocidas para sus 67 familias o 388 habitantes; la Comunidad de Nazareth, incluyendo sus 5 anexos, tiene un total de 3875 hectáreas reconocidas para sus 253 familias o 950 habitantes; y la Comunidad de Wachapea, incluyendo sus 4 anexos, tiene un total de 3279 hectáreas reconocidas para sus 60 familias o 600 habitantes⁽¹⁵⁾. Las comunidades citadas tienen adicionalmente tierras “cedidas en uso” por tratarse de bosques regulados conforme a una legislación especial⁽¹⁶⁾, pero sobre el territorio registrado y las tierras cedidas en uso existen mayores demandas: los comuneros reclaman territorios más extensos sobre los bosques cercanos porque los consideran su propiedad (no solo de uso) dado que lo han utilizado históricamente para caza, horticultura y, de existir ríos, para pesca.

En estas extensiones de territorio, sean o no registrados, los bienes de la Comunidad Amazónica son de las unidades familiares prioritariamente. Pero es que la familia extendida, integrada cercanamente, es prácticamente la Comunidad como hemos indicado. Dada la extensión y condiciones de sus territorios, la familia extendida posee

reproduciendo la conformación de una pequeña comunidad o anexo, que con el paso del tiempo se puede constituir en una nueva Comunidad Amazónica reconocida.

- (14) Ejemplos detallados de la dificultad de registro de las Comunidades Kandozis puede apreciarse en el trabajo de García y Surrallés antes mencionado. Aunque del trabajo de dichos autores no se obtiene información sobre el número de familias por comunidad, y no es claro el número de habitantes por comunidad (dada las dificultades de seguir el desplazamiento de sus núcleos locales), si es objetiva toda la información sobre las dificultades por delimitar los territorios de las comunidades, sea por la movilización de sus unidades locales y por el fraccionamiento que ha venido ocurriendo en los últimos años en las primeras Comunidades Kandozis reconocidas. Pero el problema se agrava cuando desde el Estado, las autoridades oficiales distinguen entre tierras tituladas y tierras cedidas en uso por tratarse de bosques, según leyes dadas originariamente en la década de los años 70s. Los autores muestran cuadros y el caso de la Comunidad Kandozi de Nueva Yarina, que en los últimos años se ha fraccionado en 18 grupos locales, aunque cuenta con un territorio 37,935 hectáreas titulados y 5,674.38 hectáreas “cedidas en uso” (2009: 144, 150, 153).
- (15) Revisar PEÑA JUMPA, Antonio. *Multiculturalidad y Constitución, el caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*, Lima: CEC, 2009.
- (16) La legislación actual en el Perú que regula el reconocimiento de tierras “cedidas en uso” comprende: la Ley 29763, publicada el 22 de Julio de 2011 pero aún no vigente por estar pendiente de un procedimiento de consulta previa, y la Ley 27308, publicada el 16 de Julio de 2000, y el reglamento de ésta última a través del Decreto Supremo 014-2001-AG, del 6 de abril de 2001.



Antonio Peña Jumpa

y usufructúa dicho territorio y hace posible la comunidad. De ahí que la frontera entre lo familiar y lo comunal sea tenue, en contraste con lo que ocurre en las Comunidades Andinas donde normalmente hay tres o más troncos familiares y se distingue más claramente lo familiar y lo comunal, como también hemos indicado.

Los bienes que destacan en las Comunidades Amazónicas son los extensos bosques, como hemos señalado, normalmente con más de 1000 hectáreas; los inmensos y caudalosos ríos al lado de los lagos y riachuelos o quebradas que pueden atravesar más de una comunidad; las pequeñas parcelas de tierra o chacra, que se preparan cerca al río o en parte del bosque y que pueden ser de 20, 30 o 40 metros de lado, haciendo un total de menos de una hectárea por familia nuclear; la casa de madera y dentro de ésta las herramientas o los utensilios de la casa, y a su lado el huerto cerca de la casa y el bote (denominado peque-peque, por el sonido del pequeño motor que utiliza); entre otros. La chacra, el huerto cerca de la casa, las herramientas y los utensilios, así como el bote son propiedad familiar netamente. Los bosques y sus recursos de madera, frutos y animales, así como los ríos, lagos y quebradas con los peces o animales que viven en los mismos, son propiedad comunal, o pertenecen al conjunto de familias que identifica un territorio determinado.

Principios, normas y procedimientos se aplican y brotan de esa identificación de su territorio y de la distinción de bienes. Los principios parten de la distinción entre lo comunal y lo familiar, a pesar de su tenue distinción.

De un lado, en la propiedad comunal, los principios se identifican con el valor que dan los comuneros a su territorio comunal, en el que se encuentran sus bienes comunales. El principio principal en las Comunidades Amazónicas es

que el territorio de la comunidad pertenece a todos y todos están dispuestos a defenderlo con sus vidas. La razón de este principio es que en dicho territorio se encuentran los bosques, ríos y lagos que constituyen bienes comunales, como lo hemos indicado, pero sobretodo constituyen su medio de vida principal que ha permitido hasta la actualidad vivir con comodidad sin depender de la ciudad u otro medio externo. Los bosques son, en opinión de los comuneros amazónicos, “su farmacia, su mercado y su banco o ferretería”⁽¹⁷⁾, en tanto les permite proveerse de plantas medicinales (farmacia), frutos y animales para su alimentación (mercado) y madera u otros bienes para sus viviendas y su comercialización (banco y ferretería). Los ríos, lagos y quebradas son, a su vez, los medios que les provee de peces y otros animales como la tortuga y el lagarto para su consumo y venta.

Pero, de otro lado, los principios también se relacionan con la propiedad familiar. La casa, la chacra (parcela), el bote constituyen sus principales bienes familiares que son permitidos, protegidos o defendidos por el principio de necesidad familiar (o de la familia nuclear). Cada familia está facultada de sembrar mediante el sistema de roce y quema su chacra o parcelas y contar con más de una hectárea de terreno de ser necesario, dependiendo del número de hijos y su capacidad para su sembrío⁽¹⁸⁾. Asimismo, cada familia necesita contar con una vivienda

(17) Esta referencia ha sido reiterada por comuneros y dirigentes amazónicos en eventos públicos realizados por instituciones del Estado y Organismos No Gubernamentales (2010, 2011) al lado de organizaciones de Comunidades Amazónicas. Los dirigentes de la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas, sede San Lorenzo (CORPI-San Lorenzo), de la Provincia del Datem del Marañón, región de Loreto, a la que se integran las organizaciones de las Comunidades Kandozis y Shapras, utilizan continuamente dicha expresión para defender, desde una posición local, su territorio.

(18) El roce y quema es la técnica básica que aplican los comuneros amazónicos en sus tierras, para practicar la agricultura. Como los terrenos tienen espesa vegetación y su suelo es poco fértil, primero tienen que habilitarlo a través del Roce, que es básicamente el corte de los arbustos. Luego sigue la quema de estos arbustos cortados, con el fin de “abonar” la tierra que se utilizará para la siembra. La práctica normal consiste en aplicar la técnica sobre terrenos pequeños (menos de una hectárea), cultivar por cuatro años y luego dejar el terreno descansar por 15 años, cuando menos, para que recupere

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

de acuerdo a las características de su ambiente y cultura: normalmente casas de madera descubiertas por los lados para su ventilación del calor por el ambiente tropical. Igualmente, cada familia dispone de un bote con un pequeño motor (como señalamos, identificado como peque-peque por el sonido de su motor) que le sirve para realizar la pesca y movilizarse de un lugar a otro para intercambiar bienes y servicios, o suplir sus emergencias⁽¹⁹⁾.

Las reglas y los procedimientos resaltan también al lado de los principios en la propiedad de las Comunidades Amazónicas. Hay reglas y procedimientos particulares aplicados a la propiedad comunal y la propiedad familiar. En la propiedad comunal o colectiva las reglas se orientan a defender la propiedad prohibiendo su venta, su depredación y su contaminación. De un lado, al pertenecer a todos la tierra, los bosques y los ríos y lagos y constituir sus principales medios de auto-subsistencia, es imposible pensar que los pueden transferir o vender. Igualmente, bosques ríos y lagos no pueden ser objeto de depredación por los comuneros al incluirse todos en el mismo principio de auto-subsistencia. De otro lado, la contaminación aparece como un factor externo que tampoco toleran y que todos buscan impedir que ocurra.

Los procedimientos siguen a estas reglas presentadas para la propiedad comunal. En asambleas los comuneros ratificarán la defensa de su territorio negando cualquier posibilidad de pérdida, salvo que se trata de intercambios o coposesión con comunidades vecinas por tratarse de su propia conveniencia. En asambleas también los comuneros someterán el caso del comunero que depreda sus recursos, por ejemplo quien vende la madera de un árbol sin permiso de la Comunidad, y llamarán su atención o lo sancionarán dependiendo de la gravedad. Por último, frente a la contaminación de sus ríos, lagos o bosques si es por causa de alguno de sus comuneros reaccionarán en

forma similar al caso de depredación, pero si es por causas externas actuarán de manera coordinada con otras comunidades afectadas: identificarán al causante (normalmente una empresa de hidrocarburos que ellos conocen), se quejarán ante el propio causante y ante la autoridad del Estado más cercana o especializada, y de ser el caso pueden actuar en conjunto para impedir que la contaminación continúe y la empresa siga contaminando.

Las reglas y procedimientos aplicados a la propiedad familiar siguen el contenido de los principios antes señalados. El derecho a la vivienda y respeto por la casa ajena, la libertad de iniciar una chacra cerca del río o la casa familiar, y el uso y disposición de un bote para uso familiar en la pesca o para movilizarse al centro de salud o a la ciudad se traducen en normas que están implícitas en los comuneros. Así, una regla puede ser identificada en los siguientes términos: cada familia tiene derecho a tener una casa y delimitar el área que ocupa, de tal modo que respete el área de otra familia y su respectiva vivienda. Otra regla sería: toda familia tiene el derecho a realizar el roce y quema de un área determinada del territorio de la comunidad para convertirlo en una chacra, la misma que pueden dejar en descanso al cabo de un tiempo sin que otra familia la invada o se aproveche de ella. Igualmente, otra regla puede ser: Cada familia tiene derecho a construir un bote de los recursos del bosque y adherir un motor pequeño para su uso como medio de transporte y para realizar su actividad de pesca.

sus nutrientes (Ver experiencias semejantes en Proyecto Pro Manu, Cooperación con Comunidad Europea: *Manual de Agricultura*, sin fecha, en web: [http://apeco.org.pe/web/components/com_booklibrary/ebooks/Agricultura, %20para%20una%20mejor%20produccion.pdf](http://apeco.org.pe/web/components/com_booklibrary/ebooks/Agricultura,%20para%20una%20mejor%20produccion.pdf), visitado el 2 de Abril de 2012). García y Surrallés especifican que las unidades locales de los Kandozis pueden permanecer solo 10 años en un lugar, y al cabo de 25 a 100 años pueden volver al lugar a través de sus descendientes o de nuevos "usuarios" haciendo posible con ello un sistema de rotación de las tierras más adecuado desde un punto de vista ecológico.

(19) Uno de los problemas serios que identifican a las Comunidades Amazónicas son las enfermedades "raras" que han comenzado a reproducirse entre sus miembros. En el caso de los Kandozis y Shapras, la enfermedad que los ha "invadido" desde varios años atrás es la Hepatitis B. En casos de emergencia, los botes son el mejor medio para movilizar al paciente.



Antonio Peña Jumpa

Los procedimientos complementan estas reglas. El derecho a adquirir una vivienda se materializa ante un procedimiento que incluye la conversación de los familiares y ante las autoridades para darle oportunidad de autonomía a una pareja ya constituida en familia. El derecho a habilitar una chacra también supone un corto procedimiento: cualquier familia en necesidad y que cuente con la capacidad puede habilitar una porción de terreno bajo el sistema de roce y quema, para lo que bastará que converse con sus familiares y ponga en conocimiento de las autoridades y los vecinos. La familia podrá habilitar más de una porción de terreno bajo las mismas condiciones y en caso no se respete su titularidad sobre sus chacras, puede iniciar un procedimiento de reclamo ante los familiares involucrados o ante el Apu o jefe de la comunidad. Por último, el derecho al bote o peque-peque puede relacionarse también al procedimiento de su adquisición y uso en la comunidad y el respeto de su uso restringido para la pesca. El peque-peque lo pueden adquirir por compra-venta o trueque u herencia, haciendo de conocimiento del hecho a la familia y las autoridades. El peque-peque es uno de los pocos bienes, el de mayor valor entre éstos, que puede ser objeto de transferencia en la comunidad, ofreciéndose primero en venta a miembros familiares cercanos o hermanos de la misma comunidad o del mismo grupo cultural, antes de ofrecérselo a amigos de otras comunidades o extraños. Su uso restringido en la pesca está relacionado con el cuidado del hábitat y de la prevención de una pesca excesiva, para lo que los comuneros tienen un procedimiento de llamada de atención y sanción de ser el caso.

Las reglas y procedimientos, como los principios, están implícitos entre los comuneros; no necesitan estar escritos. Su fuerza coercitiva aparece cuando no se respetan o se incumplen. Por ejemplo, la invasión de los bosques por extraños o la práctica de la pesca por comuneros o mestizos no autorizados en ríos o lagos que son identificados como propiedad de la Comunidad Amazónica, produce la reacción colectiva de sus miembros. Los comuneros no dudarán en organizarse y coger sus armas tradicionales o su escopeta para salir al encuentro de los extraños o mestizos y expulsarlos o sancionarlos. Igual ocurre en la protección de

sus bienes familiares, aunque en tal caso los principios, reglas y procedimientos operan al interior de la comunidad, normalmente entre familias. Por ejemplo, la chacra familiar invadida produce la reacción de la familia afectada contra la familia invasora, recurriendo solo en último de los casos al apoyo de sus autoridades para solucionar el conflicto.

Así, principios, reglas y procedimientos operan y se desarrollan en la relación con los conceptos de propiedad comunal y familiar de las Comunidades Amazónicas. Como ocurre en las Comunidades Andinas, se tratan de elementos que se complementan para hacer posible el derecho de propiedad entre los comuneros. Principios, reglas y procedimientos juntos hacen posible el desarrollo y protección del derecho de propiedad en las Comunidades.

4. El reconocimiento y protección Constitucional del derecho de propiedad Andina y Amazónica en la Constitución Política del Perú de 1993

La tradición jurídica del Derecho Civil, entendida como aquella familia o tradición jurídica que tiene sus orígenes en el Imperio Romano y que posteriormente se desarrolló con el aporte de la iglesia católica y de los legisladores y juristas franceses y alemanes,⁽²⁰⁾ identifica un concepto de propiedad o derecho de propiedad distinto al que hemos presentado para las Comunidades Andinas y Comunidades Amazónicas de estudio. La legislación oficial del Perú, desde la era del coloniaje español en el siglo XVI, ha seguido la concepción de

(20) El concepto de Familia o Tradición Jurídica, y particularmente la relacionada al Derecho Civil, es desarrollada en forma muy ilustrativa por John Henry Merryman en: MERRYMAN, John Henry. *La Familia o Tradición Jurídica Romano Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

propiedad de esta familia o tradición jurídica. Luego de largos procesos de protesta y luchas, en el siglo XX se produjeron cambios importantes en la legislación peruana, regulándose de manera especial la propiedad de las Comunidades Andinas y Amazónicas. Hoy esta regulación se encuentra en la norma de mayor jerarquía: la Constitución Política.

Si bien la Constitución Política del Perú vigente se guía aún en su totalidad por los preceptos del Derecho Civil europeo, su adaptación a la realidad peruana, particularmente en el tema de las Comunidades Andinas y Amazónicas es, como indicamos, un hecho. Así, constitucionalmente se afirma, siguiendo la tradición europea, que toda persona [individual] tiene derecho a la propiedad y herencia (artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú). Este derecho, a su vez, es coincidente con la garantía para su ejercicio establecido por la misma constitución en los términos siguientes: “el derecho de propiedad es inviolable” (artículo 70 de la Constitución Política del Perú). Estas normas resaltan, en breve, que todo individuo tiene derecho a la propiedad y herencia, garantizados como inviolables. Sin embargo, estos derechos en las Comunidades Andinas y Amazónicas son insuficientes porque, como hemos visto, la propiedad es familiar y comunal, incluyéndose al individuo dentro de esta relación, pero además porque su protección o garantía se encuentra en los propios principios, normas y procedimientos que aplican los miembros de las Comunidades.

Teniendo en cuenta estas diferencias es que la Constitución Política del Perú ha sumado reglas especiales que rigen a favor de las Comunidades Andinas y Amazónicas. Pero también reconoce la validez constitucional de una norma internacional que trata sobre los derechos de las Comunidades Andinas y Amazónicas: la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁽²¹⁾ Sobre el derecho de propiedad, las reglas principales se encuentran establecidas en el artículo 89 de la Constitución Política del Perú. En

esta norma, las Comunidades Andinas son identificadas como “Comunidades Campesinas”, y las Comunidades Nativas son identificadas como “Comunidades Nativas”. A continuación presentamos el contenido y comentario de esta norma constitucional:

“Artículo 89

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”

La norma destaca la existencia y el carácter especial de personas jurídicas que se reconocen a las Comunidades Campesinas o Andinas, y las Comunidades Nativas o Amazónicas. Pero además destaca en alto grado su autonomía en su organización (social, económica y cultural), en el trabajo comunal (derecho laboral), en el uso y libre disposición de sus tierras, como en lo económico y administrativo (gestión). En el mismo sentido la norma destaca el carácter de imprescriptibles que son sus tierras y el compromiso del Estado por respetar su identidad cultural⁽²²⁾.

(21) La indicada Convención es del año 1989, pero fue ratificada por Estado Peruano el año 1993 (en vigor desde el año 1995). Dado que la Convención trata sobre temas de Derechos Humanos, la Constitución le reconoce un rango constitucional (de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y el artículo 3 de la Constitución Política del Perú). Cabe tener presente adicionalmente que si bien la Convención regula la situación de Pueblos Indígenas o Pueblos Tribales, no pone límites a los pueblos o poblaciones que utilicen otras denominaciones, siempre que coincidan con las características particulares o desciendan de las primeras poblaciones que habitaron el territorio (Artículo 1 de la Convención).

(22) Ver al respecto los comentarios de FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. *Las comunidades campesinas y nativas en la*



Antonio Peña Jumpa

La parte que corresponde destacar para nuestro ensayo es la que corresponde a la autonomía que la Constitución Política reconoce a las Comunidades Campesina o Andinas, como a las Comunidades Nativas o Amazónicas en lo que respecta al uso y libre disposición de sus tierras. En base a esta autonomía se respeta la libre distribución de tierras en las Comunidades, lo que incluye la clasificación de propiedad familiar y propiedad comunal antes tratado. Pero esta autonomía también incluye el mejor uso de sus tierras que los miembros de las Comunidades Andinas y Amazónicas consideren, lo que supone el aprovechamiento de sus recursos naturales, bajo la protección de principios como el de imprescriptibilidad de las tierras de las Comunidades Andinas y Amazónicas, que aunado a los criterios anteriores nos conduce a sustentar también los principios de inalienabilidad e inembargabilidad de sus tierras. Veamos a continuación cada uno de estos aspectos por separado. Primero enfoquemos una apreciación general del carácter autónomo en el uso y disposición de sus tierras aplicado a los derechos de propiedad de las Comunidades anteriormente tratados, y luego destaquemos las garantías de estos derechos sobre la base del aprovechamiento de sus recursos naturales y el cumplimiento de los principios de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad sobre sus tierras.

4.1 La autonomía en el uso y disposición de sus tierras

Todo lo señalado anteriormente sobre la propiedad y el derecho de propiedad en las Comunidades Andinas y Comunidades Amazónicas explican su autonomía en el uso y disposición de sus tierras, garantizados por la Constitución Política. Sus particularidades, en cada comunidad, se suman a este contenido general presentado.

Como hemos señalado, las Comunidades Andinas y Amazónicas normalmente tienen tierras o terrenos de uso o explotación familiar y tierras o terrenos de uso o explotación colectivos. Los primeros son respetados como si fueran propiedad privada de acuerdo a como es definido en la familia o tradición jurídica del Derecho Civil, como hemos visto, pero con muchas variantes de acuerdo a su ubicación

en los pisos ecológicos y las diferencias culturales por regiones. En algunos casos el origen de la tenencia de esos terrenos es por asignación histórica, en otros casos son productos de asignaciones periódicas, que se renuevan cada cierto tiempo. En el caso de las Comunidades Amazónicas además puede ocurrir que la propiedad familiar puede delimitarse voluntariamente, bajo iniciativa familiar, al tomarse una porción de terreno en cualquier parte del territorio comunal no ocupado por otra familia (siempre que sea posible la asignación familiar), dada la extensión de la comunidad.

Las tierras o terrenos comunales, en cambio, son de uso de todos los miembros de la Comunidad. En las Comunidades Andinas los pastos de los cerros y los peces de los ríos y lagos son normalmente bienes comunales, mientras en las Comunidades Amazónicas los frutos y animales de los bosques y los peces de ríos y lagos son bienes comunales. Pero también en las Comunidades existen muchas variantes donde la propiedad comunal se combina con la propiedad familiar o se transforma en propiedad familiar. Como hemos indicado, por ejemplo, en el Sur Andino Peruano es posible habilitar terrenos para la agricultura en la parte comunal, distribuyendo nuevas obligaciones y derechos para las familias que quieren aprovecharlas.

Adicionalmente cabe señalar que en las Comunidades Andinas y Amazónicas no se distingue, en la práctica, entre bienes "cedidos en uso" y bienes registrados o titulados como propios. Todos los bienes que han usufructuado históricamente a través de sus

Constitución Política. En: *Socialismo y participación.* N° 39, Lima, Setiembre 1987, FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. *Comunidades Campesinas y Nativas: comentario al artículo 89 de la Constitución Política del Perú 1993.* En: *La Constitución comentada,* Gaceta Jurídica. Tomo I, 2005, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: análisis comparado.* Lima: Ciedla, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993: lectura y comentario.* 4ta. Edición. Lima: Antonella Chirinos Montalbetti, 1997; RUBIO Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993.* 6 volúmenes. Lima: PUCP, Fondo Editorial, 1999.

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

ancestros o por el sistema de movilización o rotación de sus unidades familiares o comunidades, y que han sabido defender y conservar, los consideran su propiedad. Esta apreciación de la propiedad desborda incluso la distinción entre posesión y propiedad que sus miembros aplican sobre sus bienes: la posesión hace propiedad en ellos pero respetando las asignaciones o iniciativas de uso previos que, a su vez, por su naturaleza pueden conducir a distinguir lo familiar y lo comunal.

Estas particularidades sobre la propiedad familiar y comunal son los elementos básicos a tener en cuenta en la interpretación de la autonomía constitucional sobre el uso y disposición de las tierras de las Comunidades Andinas y Amazónicas. Es que dichos elementos son las que construyen propiamente su derecho de propiedad.

4.2 El aprovechamiento de sus recursos naturales

Los recursos naturales son todos aquellos bienes que podemos encontrar en el suelo y subsuelo, en los ríos, lagos y bosques de un territorio determinado. Se suele hablar de recursos naturales renovables y recursos naturales no renovables, siendo los primeros aquellos que se obtienen de la naturaleza sin afectar su existencia o reproducción, como la tierra que es empleada para la agricultura o los pastos que son usados para la ganadería. Los recursos naturales no renovables, en cambio, son aquellos que se obtienen de la misma naturaleza pero al utilizarlos se afecta su existencia o reproducción, como son los minerales y el petróleo que una vez aplicados en la fabricación de vehículos y para movilizarlos dejan de existir. Los comuneros de los Andes y la Amazonía han usado históricamente los recursos naturales renovables que yacen en sus territorios, bajo su cuidado tradicional y sin limitación alguna por autoridad externa a ellos. Solo parcialmente ha sido de su interés utilizar los recursos naturales no renovables, como lo han sido los minerales, para la fabricación de joyas u otros productos utilizados en sus actividades culturales.

En dicho sentido, los peces, los frutos de árboles, las cosechas de su actividad agrícola, el ganado obtenido tras su crianza o su engorde, la madera explotada racionalmente, entre otros, son recursos naturales renovables que los comuneros han aprovechado históricamente. La vida y desarrollo cultural han dependido de dichos recursos.

El problema sobre el tema de los recursos naturales y la propiedad de las comunidades Andinas y Amazónicas se

presenta en la aplicación de otra norma constitucional, el artículo 66 de la Constitución. Esta norma establece los límites a la propiedad de los recursos naturales de acuerdo a los siguientes términos:

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

De acuerdo a la norma citada, las Comunidades Andinas y Amazónicas como parte del Estado peruano se verían afectados por el control y disposición de los recursos naturales, renovables y no renovables, a cargo de las autoridades del Estado. Sin embargo, dicha norma tiene que ser concordada con otra norma de rango constitucional que corresponde al artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. De acuerdo a esta norma, los pueblos Indígenas, donde se incluyen nuestras Comunidades Andinas y Amazónicas, tienen derechos especiales sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, conforme a lo siguiente:

“Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las



Antonio Peña Jumba

tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Conforme al artículo citado, las comunidades Andinas y Amazónicas tienen prioridad sobre los recursos naturales que han utilizado históricamente y aquellos que se encuentren sobre o bajo su territorio. Conforme al primer párrafo, los recursos naturales renovables son de utilización, administración y conservación por parte de las comunidades. Conforme al segundo párrafo, para el uso de los recursos naturales no renovables (que no son utilizados por las comunidades) se debe hacer una consulta previa a las comunidades afectadas, sus beneficios deberán ser compartidos con las comunidades interesadas y, en caso de daños, se les debe indemnizar equitativamente. La razón que fundamenta esta norma se encuentra en lo señalado anteriormente: los comuneros han utilizado históricamente esos recursos naturales, incluso desde antes que se constituyan los Estados. Además, el uso de dichos recursos se relaciona con el concepto de Desarrollo Sostenible que es el que hace posible que material y espiritualmente los recursos naturales continúen bajo existencia.

Comparando el artículo 66 de la Constitución Política del Perú y el artículo 89 de la misma Constitución al lado del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, todos con rango constitucional, en caso de conflicto en su aplicación prima la norma o normas especial. Esto significa que en caso se disputen los recursos naturales que yacen sobre o bajo una comunidad, se aplicará el artículo 89 de la Constitución y el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, garantizándose con ello los derechos históricos de las comunidades Andinas o Amazónicas.

4.3 El principio de imprescriptibilidad

La imprescriptibilidad se refiere al derecho que las personas tienen sobre determinados bienes, para que éstos, por el paso

del tiempo, no sean apropiados por terceros. El concepto es opuesto al de “prescripción adquisitiva de dominio” que significa justamente la posibilidad que un poseedor de un bien se apropie del mismo por el paso del tiempo, a pesar de carecer de títulos y obrar de mala fe. En este caso, de prescripción adquisitiva de dominio, se distingue la posesión sobre bienes muebles (un auto, por ejemplo) y sobre bienes inmuebles (un terreno, por ejemplo), siendo necesario el paso de 5 años para adquirir la propiedad de los primeros y 10 años para los segundos, de acuerdo al Código Civil Peruano de 1984.

Las tierras o territorios de las Comunidades Andinas y Amazónicas gozan de ese derecho de imprescriptibilidad. Nadie, ni las autoridades o instituciones del Estado pueden apropiarse de esas tierras o territorios alegando posesión por más de 10 años o abandono por un tiempo determinado. La imprescriptibilidad es el derecho que permite que dichas comunidades se mantengan en sus tierras o territorios para garantizar sus actividades sociales y económicas y el desarrollo de su cultura, como hemos anotado.

El problema que atraviesan muchas comunidades respecto a este derecho de imprescriptibilidad consiste en la falta de reconocimiento y registro, o dificultades en el registro, de sus tierras o territorio, como hemos indicado. Particularmente un gran número de comunidades amazónicas, en la actualidad, se encuentran limitadas de este derecho, siendo afectados por proyectos o acciones de terceros: funcionarios de instituciones del Estado, empresas privadas o particulares, grupos de migrantes como los colonos, entre otros⁽²³⁾.

4.4 El principio de inalienabilidad

La inalienabilidad de la propiedad significa el

(23) Cabe considerar en este punto el conjunto de conflictos socio-ambientales localizados a nivel de las comunidades amazónicas. Uno de estos conflictos, el emblemático, corresponde al vivido el 5 de junio del 2009, cuando el gobierno central a través

La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú

Aboriginal property in America: the Right of Property in Andean and Amazonian Communities in Peru

derecho de las personas sobre un bien para que no pueda ser enajenado. Nótese que se trata de un derecho, no de una carga. Para las Comunidades Andinas y Amazónicas este derecho fue expreso en la Constitución de 1979, en cuyo artículo 163 se establecía:

“(Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas) también son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero (...)”⁽²⁴⁾.

Como se puede apreciar la inalienabilidad de la propiedad comunal se encontraba limitada por dos razones: la posibilidad de venta de las tierras, bajo dos tercios de los miembros de la comunidad y siempre que le favorezca, y por la expropiación por necesidad y utilidad pública. Estas dos razones, se mantienen a la fecha, y por ello cabe afirmar que el derecho constitucional continúa vigente, solo que no es expresa.

Cabe aclarar, sin embargo, que la inalienabilidad de la propiedad en una comunidad nunca significó que los comuneros se encuentran impedidos de intercambiar o enajenar sus tierras. Ello siempre lo han hecho, particularmente por el fenómeno de la migración, como ha ocurrido en las Comunidades Aymaras del Sur Andino. Pero, la venta, trueque o transferencia de la tierra se ha hecho en base a parcelas y siempre al interior de la comunidad entre miembros familiares o parientes cercanos (que son todos o la mayoría de miembros de una comunidad) como lo hemos destacado (ver secciones 3 y 4). El derecho de inalienabilidad siempre ha operado frente a terceros, aquellas personas que no son comuneros, pero en una situación extrema: que sea difícil, por no decir imposible, que los terceros adquieran propiedad en la Comunidad.

4.5 El principio de inembargabilidad

Si la tierra o territorio de las Comunidades Andinas y Amazónicas no puede prescribir y no puede enajenarse a favor de terceros no-comuneros, tampoco opera el embargo. Este es un derecho de efecto complementario dado que garantiza la materialización de los derechos previos.

La inembargabilidad de la propiedad de las Comunidades Andinas y Amazónicas también era un derecho constitucional expreso en la Constitución de 1979. En el artículo 163, citado anteriormente, se establecía: “Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles (...)”. En la Constitución Política vigente, este derecho constitucional aparece como no escrito, en el mismo sentido del derecho a la inalienabilidad antes referido. La razón de este derecho constitucional se encuentra en la naturaleza de la propiedad comunal o colectiva (similar al territorio de un pequeño Estado) y los propios límites de las entidades financieras o bancarias u otro particular de acceder a dichas propiedades.

5. Conclusiones

Lo desarrollado en las secciones previas, nos permiten concluir en lo siguiente:

5.1 El derecho de propiedad para las Comunidades Andinas y Amazónicas incluye un estudio de los conceptos de Comunidad

de Decretos Legislativos intentó modificar los derechos ancestrales de las Comunidades. El hecho terminó con una huelga prolongada que tuvo como capital la provincia de Bagua. El gobierno intervino por la fuerza y se suscitó la muerte de muchos agentes policiales y comuneros nativos. Al final el gobierno central tuvo que derogar los Decretos principales.

(24) El texto completo del artículo 163 de la Constitución Política del Perú de 1979 es el siguiente: “Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.”



Antonio Peña Jumpa

y Derecho. Partiendo de un contenido particular de estos conceptos, el derecho de propiedad es definido como el conjunto de principios, reglas y procedimientos que los miembros de un grupo social o comunidad determinada establecen en base a los bienes o cosas que entienden como suyos, reconstruyendo cotidianamente los principios, reglas y procedimientos de esta relación.

5.2 En las Comunidades Andinas Aymaras del Sur Andino, existe un concepto particular de propiedad basada en la distinción de parcelas o bienes familiares, vinculadas a sus actividades agrícolas y ganaderas principalmente, y terrenos o bienes comunales, vinculados a pastizales y beneficios comunales principalmente, al lado de los cuales se desarrollan un conjunto de principios, normas y procedimientos que establecen la inalienabilidad o no-venta a terceros extraños a la comunidad y el respeto mutuo de cada familia sobre sus bienes y sobre los bienes de la Comunidad.

5.3 En las Comunidades Amazónicas Kandozis y Shapras de la Región de Loreto, también existe un concepto particular de propiedad basada en pequeñas parcelas o bienes familiares, vinculados principalmente a su agricultura de roce y quema, y en grandes extensiones de bosques o bienes comunales vinculados principalmente a actividades de caza y pesca, en relación a los cuales se establecen principios, normas y procedimientos que establecen la defensa del conjunto de su propiedad, prohibiendo su venta, depredación y contaminación, con excepción de bienes como el peque-peque que si pueden transferirse de preferencia al interior de la Comunidad.

5.4 El derecho de propiedad de las Comunidades Andinas y Amazónicas, identificados como Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas en la Constitución Política del Perú de 1993, se encuentra reconocido y protegido de manera especial en el artículo 89º, a través del cual se establece la autonomía en el uso y disposición de sus tierras, entre los que se incluyen el derecho al uso de sus recursos naturales y los principios de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad. Complementariamente a la norma constitucional el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo protege el derecho de propiedad de las Comunidades Andinas y Amazónicas, particularmente en el la parte referida al uso de sus recursos naturales. 