

EL INDIO ES PROPIETARIO DE LA TIERRA QUE POSEE

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Profesor de la Facultad de Derecho de
la Universidad Mayor de San Marcos.

Parece, al simple examen, que este titular estuviere impregnado de las doctrinas políticas de extrema izquierda, que tuviere un carácter demagógico y marcadamente revolucionario. Empero, el principio que está contenido dentro de su órbita ha vivido desde la iniciación de la República y permanece aún vigente por cuanto la legislación que lo sustenta no ha sido ni expresa ni tácitamente derogada (1).

Nos debe causar justificada sorpresa porque no obstante la existencia de este dogma jurídico, no sólo no ha sido aplicado, sino que ni siquiera se le ha concedido importancia, ni aún por los indigenistas. Estos, que forman legión en nuestro país, no lo han percibido, a pesar que es de suponerse que han conocido la legislación que el Perú ha dictado sobre esta materia. Ello obedece evidentemente a que quienes se han empeñado en resolver el problema del indio, desconocen el derecho y las consecuencias jurídicas que podrían haberse derivado de la aplicación de una fórmula que atribuye la propiedad de los inmuebles al que demuestra tan sólo su posesión.

Se comprueba, asimismo, que ningún jurista nacional, en ninguna época ha hecho la exégesis de la legislación a que me refiero y de la que he extraído tal principio. Ciertamente, aunque se hubiera percatado de su existencia a su clientela, que es fácil estuvo constituida por los grandes terratenientes, le resultaba incómodo e inconveniente cualesquiera comentario encaminado a poner de manifiesto una fórmula legal peligrosa para sus intereses.

En cuanto al abogado serrano, malgrado su perspicacia y su astucia, no llegó a percatarse de la existencia y trascendencia de un precepto de la naturaleza del que ahora enunciamos.

(1) Las leyes que declaran que la posesión ejercitada por el indígena lo convierte en el titular del dominio, conservan incólume su vigencia, porque conforme al Art. 1 del T.P. del Cod. Civ. "ninguna ley se deroga sino por otra ley", cuyo antecedente en el Cod. del 52 es el Art. VI del mismo título, que declara: "las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso".

Y por lo que hace a los que se dedicaron al ejercicio ilegal de la abogacía, los rúbulas o "tinterillos", que gozan de gran fama por su agudeza y habilidad procesal (2), tampoco pudieron encontrar una declaración legal como la que sirve de título, que hubiere mantenido en permanente sobresalto y zozobra a los señores de la tierra en su provincia.

La legislación a que he aludido es la que sigue:

1) Decreto Supremo de 8 de abril de 1824, cuyo Art. 2º previene:

"No se comprenden en el art. anterior las tierras que tienen en posesión los llamados indios. Antes bien, se les declara PROPIETARIOS en ellas, para que puedan venderlas o enajenarlas de cualquier modo" (3).

2) Decreto Supremo de 4 de Julio de 1825, en que por su art. 9º se dispone:

"que la propiedad absoluta declarada a los denominados indios, en el artículo 2º del citado decreto (de 8 de abril de 1824), se entienda con la limitación de no poderlos enajenar hasta el año 50, y jamás en favor de manos muertas, bajo pena de nulidad" (4).

3) La ley de 31 de marzo de 1828 la suscriben Javier de Luna Pizarro como presidente del Congreso y Nicolás de Piérola como diputado secretario. Declara en su art. 1º:

"La Nación reconoce a los llamados indios y mestizos por dueños, con pleno dominio de las tierras que actualmente ocupen por reparios o sin contradicción. No son comprendidos en esta declaración de propiedad los que ocupan tierras por razón de oficio" (5).

Hemos de anotar aquí que no sólo comprende este beneficio a los indígenas propiamente dichos, sino también a los mestizos.

4) La Resolución Legislativa de 11 de Octubre de 1893, a la que se le puso el cúmplase el 30 de Octubre de 1893, expresa con toda cla-

(2) Ignoro las razones por las que en el vulgo se ha originado la falsa creencia en la sabiduría del "tinterillo". En mi práctica profesional nunca me he tropezado con uno de estos especímenes que tenga siquiera conocimientos elementales o primordiales del derecho. Nada saben y carecen hasta de simple buen sentido.

(3) Véase APARICIO y G. S., Cód. Civ., t. IV concord., ed. 1937, p. 156; Legislación Indigenista del Perú, ed. 1948, p. 10. Dicho Decreto lo firman Simón Bolívar y José Sánchez Carrión.

(4) En APARICIO y G. S., op. cit., p. 161.

(5) En APARICIO y G. S., op. cit., p. 162. Revítese así mismo las p. 162 y 163 en n. (9), lo resuelto sobre un oficio del Municipio del Cuzco, que hacía saber que como los indios no se consideraban como dueños, dudaba si se les debía tener por tales. Consideraba también esa institución que como los indios no sabían leer ni escribir no podían ostentar la calidad de propietarios sentando la extraña doctrina de que el analfabeto no podía ser propietario. Véase igualmente "Legislación Indigenista", p. 21. s.

ridad que el Congreso declara que los indígenas de toda la República son legítimos propietarios de los terrenos que en esa fecha poseían (6).

De los textos reproducidos es fácil extraer el principio de que la simple posesión de la tierra por los indios, sea individualmente, sea en comunidad (persona jurídica), sea en condominio (estado de pro-indivisión), los transforma en propietarios.

Se trata evidentemente de posesión a título de dueño, de que se posea como propietario (Art. 871 Cód. Civ.), no de que sea poseedor por cuenta de otro, poseedor inmediato, en nombre ajeno, tenedor, poseedor precario (7). Es un estado posesorio que no se apoya en título alguno, o que de existir tal título resulta insuficiente para otorgar al poseedor el ius possessionis (derecho a poseer). La posesión no deberá emanar de ningún otro acto o contrato que conceda el uso del inmueble poseído. (8).

(6) Véase LAMA M. A. de la, Cód. de Enjuiciamientos en materia Civil, ed. 1894, Apéndice N° 119, p. 604. En la 3ª edición de esta obra se encontrará en el apéndice N° 83, p. 625 s. También se ha insertado en Legislación Indigenista del Perú, p. 38. s. Consúltase también LAMA, Cód. Civ. 3a. ed., Lib. e Imp. Gil, Apéndice N° 90 p. 779 ss, en que distingue los bienes municipales de los bienes de comunidades de indígenas, y en que niega personería a los sindicatos de los municipios para litigar en representación de las comunidades de indígenas.

Reproduce una sent. en tal sentido pronunciada en 22 de junio de 1904, en que es interesante estudiar un dictamen fiscal que invocando la ley que declara que los indígenas son propietarios de las tierras que poseen, resuelve en contra de la comunidad. Ocurría en esa época lo mismo que ahora, en que las comunidades de indígenas no inscritas se les niega personería en juicio, olvidando de que la Const. en su art. 207 no subordina su existencia legal y su personería jurídica a registro alguno. En tal sentido, las sent. de 19 de diciembre de 1935, en R. de los T. 1936, p. 22; de 19 de junio de 1932, en R. de los T. 1932, p. 122; de 7 de diciembre de 1938, en Rev. de Economía y Finanzas, Diciembre de 1938, N° 72. Parece ser que estas resoluciones se pronunciaron teniendo en cuenta que en las comunidades de indígenas no se puede determinar con certidumbre quienes son sus personeros.

Entre los fallos dictados en el sentido de que los municipios no representan a las comunidades de indígenas, deben citarse los de 4 de abril de 1913, en A.J. 1913, p. 19; y 6 de diciembre de 1917, en A. J. 1917, p. 186. En la actualidad el Art. 210 de la Const. prohíbe a los municipios recaudar las rentas y administrar los bienes de las comunidades.

(7) En la doctrina francesa se conoce bajo el nombre de "detención" la posesión precaria. La definen PLANIOL-RIPERT, en *Trat. Elemental de D. Civ.*, Los bienes, trad. mexicana de la 12a. ed. francesa, N° 2311, p. 121, quienes dicen que consiste en poseer una cosa con el conocimiento y por cuenta de su propietario; que la detentación es una situación jurídica definida, completamente distinta de la posesión; pero expresan que el detentador se parece al poseedor porque ejerce sobre la cosa el poder físico llamado "posesión". Los mismos autores agregan (op. cit. N° 2312, p. 122) que al detentador se le llama "poseedor precario" o "poseedor a título precario", pero que esta situación no debe confundirse con el "precarium" del derecho romano. Son tales los arrendatarios, enfiteutas, yanacones, acreedores prendarios, acreedores anticréticos, depositarios, comodatarios, mandatarios, administradores. (v. art. 873 y 874 de nuestro Cód. Civ.).

Y en otro lugar manifiestan (op. cit. N° 2314, p. 122 s.) que la posesión precaria nunca es un hecho irregular, contrario al derecho. En cambio, la verdadera posesión sí lo es; así, en los casos de robo y usurpación.

(8) La posesión que el indígena desenvuelva para que se le tenga por propietario es la misma que nosotros necesitamos para adquirir la propiedad por usucapion.



Insisto en que no hago sino revivir, actualizar, un viejo principio jurídico que otorga la propiedad de la tierra al que la posee, siempre que este poseedor sea indígena, o por lo menos mestizo.

La forma enunciativa utilizada por toda esta antigua legislación nos convence de que no se trata de una mera presunción de propiedad, sino de algo más: de una declaración absoluta, irrefragable. Se ha creado por el legislador una afirmación que no admite prueba en contrario, cuya rotundidad y pureza no requiere de interpretación, sino que está; reclamando aplicación. Atendido todo lo que llevamos dicho se puede afirmar que en el derecho peruano la posesión que se ejercita sobre los inmuebles hace adquirir la propiedad de los mismos, siempre que el poseedor sea indígena. No encontramos en el derecho comparado ninguna otra legislación que incluya entre los modos de adquirir la propiedad este modo que es privativo de nosotros. En efecto, modo de adquirir el dominio, al igual que la tradición, la accesión, la prescripción, etc. es la posesión de buena fé de los bienes muebles, desde que el derecho del poseedor de esta clase de bienes prevalece en ciertas y las más numerosas hipótesis sobre el derecho del propietario auténtico (Art. 890 Cód. Civ.). (9).

Necesariamente, debemos concluir que lo que la ley ha creado no es una presunción; es algo más trascendente: que el indígena por el simple hecho de su posesión automáticamente se convierte en propietario (10).

(9) Los casos en que se permite la reivindicación de los bienes muebles son los de robo, hurto o pérdida, o cuando se trate de la adquisición por un tercero de buena fé de bienes muebles inscritos en el registro fiscal de ventas a plazos. El art. 890 no comprende tampoco los llamados "muebles identificables", como los ganados, vehículos locomóviles, etc. La buena fé del adquirente no impide la reivindicación por el verdadero propietario en los supuestos de que el mueble hubiere sido robado.

Nótese que el poseedor que adquiere el dominio deberá ser de buena fé. Deberá ser además, un adquirente a título oneroso. Este elemento no lo exige el art. 890, pero está relacionado con la exposición de motivos (véase ésta en APARICIO y G. S., Cód. Civ., t. III, concord, ed. 1942, p. 377). Debe también expresarse que tratándose de los bienes muebles "títulos al portador", aun cuando se los hubieren hurtado a la compañía emitente, la obligación de pagarlos subsiste; pero no ocurre lo mismo cuando se trata de un poseedor de buena fé a quien se los hubieren robado o sustraído dichos títulos, quien sí puede reivindicarlos. (Arts. 1803 y 1806 Cód. Civ.).

(10) En nuestra jurisprudencia se ha admitido que es sólo presunción lo que las leyes expresan sobre la propiedad indígena. Una sent. de 31 de octubre de 1939 ha sido recopilada en la R. de los T., 1939, p. 417, con la siguiente sumilla: "Los indígenas por presunción legal son dueños de las tierras que poseen". Se encuentra también inserta en A. J., 1939, p. 248 ss. Ese gran Fiscal de nuestro Tribunal Supremo, que se llama Ezequiel F. Muñoz, que por razones de edad, no obstante encontrarse en plena madurez intelectual, ha tenido que dejar una función que venía desempeñando excelentemente, decía en el dictamen cuyos fundamentos se reprodujeron en el fallo "Diversas leyes expedidas durante la República, han declarado y establecido que los indígenas son dueños de las tierras que poseen". Pero después de este párrafo tan magníficamente redactado, agregaba algo que, a mi juicio, no es exacto: "Esta presunción de derecho solo puede ser destruida por prueba suficiente en contrario". Para mí ver, no se trata de presunción, ni siquiera de presunción juris et de jure, no ya de presunción juris tantum, como opina el ilustre magistrado, sino de una declaración que habrá de subsistir a pesar de demostrarse lo contrario. Este es el valor de la legislación a que alude el señor Fiscal. De lo contrario, nada nuevo se habría dicho en esa legislación, porque el principio de que a todo poseedor se le presume propietario es muy antiguo. Lo encontramos en el Cód. Civ. de 1852, en el inc. 1º de su art. 470, y está en el Cód. vigente en su Art. 827.

Me parece conveniente esclarecer que la presunción contenida en el Art. 827 Cód. Civ. comprende toda clase de bienes —muebles e inmuebles—, no solo porque la ley no distingue, sino porque el Art. 849 del mismo Cód. regula la situación cuando se trata de inmuebles registrados. Debo añadir que por lo dispuesto en el Art. 890 Cód. Civ., en que se previene que el poseedor de buena fé que adquiere la posesión del bien mueble adquiere también el dominio del mismo, ya no se establece aquí una presunción, como la del Art. 827 sino que tratándose de un poseedor de buena fé su conversión en propietario es inmediata, salvo muy raras excepciones (11).

Como ya se ha dicho, la antigua legislación citada no tiene carácter presuntivo. En el derecho común, la posesión hace presumir el dominio tratándose de cualesquiera bien; hasta hace nacer el dominio sobre los bienes muebles en la mayoría de las hipótesis. Empero, no le niega al verdadero dueño su derecho a reivindicar. Si es posesión inmobiliaria y los términos prescriptivos, no se han cumplido, el propietario tiene su derecho expedito para comprobar que a él le corresponde poseer; lo mismo acontece en la posesión mobiliaria, siempre que el dueño demuestre que no se ha perfeccionado la usucapión y que el bien mueble le fué robado o hurtado, o se le perdió, o tenía registrado el contrato de venta del mismo en el registro fiscal de ventas a plazos y el precio no le habría sido integralmente satisfecho.

Por el contrario, si el poseedor del inmueble es indígena, no cabe acción reivindicatoria, aún cuando todavía no hubieren decursado los plazos de la prescripción adquisitiva. Los instrumentos comprobativos del derecho de propiedad en el reivindicante no pueden ser suficientes para privar de la posesión al indio. Sólo sería posible reivindicar si se demostrara que el indio no ha estado poseyendo para sí, como dueño, a título de propietario, sino por otro, por cuenta ajena, como poseedor inmediato.

Podría estimarse que no se ha hecho el examen completo de las presunciones de derecho y que si bien ésta no es una posesión iuris tantum se trata de una "praesumptio iuris et de jure" (12). Pero en es-

(11) Las excepciones contenidas en el 2º apartado del art. 890 Cód. Civ. son limitadísimas, a pesar de la vaguedad enunciativa de la fórmula que se refiere a los muebles ".....regidos por el Cód. Pen....."

(12) Las presunciones evitan la prueba: nuestro Cód. de Prod. Civ. lo declara en el art. 337: "Las partes deben probar los hechos que aleguen, excepto aquellos que se presumen conforme a la ley". Véase Art. 660 del Cód. de enjuiciamiento en materia civil. Sobre presunciones consúltese DE LA LAMA M. A., Cód. de Enjuiciamiento en materia civil. Lima 1894, Apéndice Nº 50, p. 472 ss., quien afirma que las presunciones son ficciones. Textualmente dice en la p. 474 de la ob. cit.: "Las presunciones son, como medios de prueba, las consecuencias que se deducen del modo como los hombres se conducen generalmente, o del orden de la naturaleza; o las consecuencias que saca el juez o la ley de un hecho conocido, para averiguar la existencia de otro desconocido e incierto". Esta definición ha sido extraída de ESCRICHE (Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, ed. 1876, p. 1147), que expresa: "La conjetura o indicio que sacamos, ya del modo que generalmente tienen los hombres de condiciones, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien, de las consecuencias que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido, para averiguar la verdad de un hecho desconocido e incierto". Ad litteram figura esta definición en el Diccionario Jurídico "Forum", t. O. Z. p. 195 y en el Diccionario de la Le-

te punto sigo las ideas de HEDEMANN J. W. (13), quien al referirse a la *iuris et de iure* expresa que se ha procurado por todos los medios desterrarla por completo del Cód. Civ. alemán, que de otro modo, dicho Cód. "sería realmente un hervidero de presunciones *iuris et de iure*. En otro lugar, dice el mismo autor (14), que la presunción no es más que una figura del derecho procesal; y que en el derecho futuro es de esperar que se evitará dar acogida a la artificiosa figura de la época de los glosadores. Así mismo, agrega (15) que "...un sustituto anticuado como la *praesumptio iuris et de iure* no merece ya por más tiempo tener en la literatura un puesto relevante". Y con respecto a su historia, hace saber que los clásicos no conocieron la *praesumptio* como concepto técnico (16); que el término presunción se usó en el sentido natural de *crede, opinari*, ser de opinión, creer, suponer. Y extendiéndose sobre presunción en general, HEDEMANN (17) advierte que la verdadera presunción, o sea la presunción relativa, tiene sólo un valor provisional hasta el fin del último debate entre las partes y se consolida cuando se le asocia la garantía de la cosa juzgada; hasta ese momento existe la posibilidad de destruir la presunción.

La frase "el indígena es propietario de la tierra que posee", no es entonces una "*praesumptio iuris et de iure*". Trátase de una regla positiva de derecho; no de una mera conjetura o probabilidad. Comprobado el hecho de la posesión no puede ser enervado con otras probanzas. Se dirá que esta es la consecuencia de la presunción legal *iuris et de iure*. Muy bien; empero yo no admito, de acuerdo con la mejor doctrina, la existencia de esta clase de presunciones.

Es interesante examinar algunos fenómenos jurídicos que provienen de la declaración que se está glosando:

Los interdictos posesorios, fueren éstos de retener o de recobrar, por efecto de la legislación mencionada, no sólo habrá de estimarse que deciden provisionalmente sobre la posesión, sino que en buena cuenta están resolviendo sobre el derecho de propiedad. Este resultado se obtiene en la vía interdictal a causa de que la posesión es en la clase indígena un derecho igual al dominio. En consecuencia, el interdicto ampara no sólo la posesión, sino también el derecho de poseer.

Ciertamente, en los litigios entre indígenas, sea que fueren considerados individualmente, sea que se trate de comunidades, lo que en el

legislación Peruana de GARCIA CALDERON, t. II, 2ª ed., 1879, p. 1584, pero en ninguno de los dos se indica la procedencia. También merece conocerse la definición que da la Enciclopedia Jurídica Española, t. XXV, p. 552: "Presunción es la relación que, según la ley o la regla del criterio humano, puede deducirse de un hecho probado para apreciar la probabilidad de certeza o verdad de otro".

Las obras citadas distinguen entre las presunciones *iuris et de iure* y la *iuris tantum*. En la primera no se admite prueba en contrario; y en la segunda su probanza subsiste mientras no se demuestre lo contrario. Esta presunción puede ser desvirtuada por cualquier otra prueba legal.

(13) "Las presunciones en el Derecho". Madrid, 1931, 1ª ed. Parág. 36, p. 216 ss.

(14) Op. cit. Parág. 36, p. 220.

(15) HEDEMANN, op. cit., Parág. 36, p. 223.

(16) HEDEMANN, op. cit. Parág. 2, p. 13.

(17) Op. cit., Parág. 48, p. 322.

interdicto se resuelva será siempre inamovible, no por aplicación del principio que da motivo a este ensayo, sino que por ausencia de títulos comprobatorios del dominio se está a la posesión ("in pari causa melior est conditio possidentis"), y entre nosotros porque al poseedor se le presume dueño (18). Es lo común que ninguno de los litigantes tenga títulos en qué apoyar una reivindicación por lo que la posesión que en el interdicto se declare o reconozca, resultará a la postre derecho de propiedad.

La fórmula por la que la posesión inmobiliaria otorga la propiedad al indio, la adoptó el legislador porque el indio casi nunca tiene título. Poseen porque poseen ("possideo quae possideo"). La posesión es su único título, por lo que el hecho material del contacto con la tierra se ha convertido en derecho, en el derecho real por excelencia: la propiedad.

(18) Conviene explicar el sentido de la presunción contenida en el Art. 827 del Cód. Civ. a fin de que se constate que lo declarado por la legislación dictada en los albores de la República no contiene una presunción. ¿Cuál es el objeto de esta presunción legal de que al poseedor se le reputa propietario mientras no se le demuestre lo contrario, contenida en el precitado Art. 827? Convertir al poseedor, en el juicio reivindicatorio que pudiera instaurarse, en demandado. Ello importa una ventaja considerable, porque al poseedor le basta con demostrar su posesión para ser tenido por propietario, en tanto que el reivindicante deberá comprobar con una titulación completa e inimpugnable su derecho de propiedad. Tratándose de bienes muebles la presunción relativa se transforma en iuris et de iure, siempre que admitiéramos esta categoría, pero sólo diremos que opera con más intensidad al punto de transformarse la presunción en declaración, salvo algunas excepciones.

En el derecho francés funciona no en forma idéntica, pero sí semejante, esta cuestión. A la posesión se le protege por sí misma, por medio de la presunción de propiedad, que la ampara de los ataques de orden jurídico, anotan PLANIOL-RIPERT (en *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. III, ed. 1926, N° 169, p. 173); así, tratándose de inmuebles la presunción de propiedad produce el efecto de conceder al poseedor el carácter de demandado en la acción reivindicatoria y la jurisprudencia de los tribunales de Francia aprecia a la posesión como una prueba de la propiedad; y en cuanto a los muebles el efecto de la presunción de propiedad es más trascendente, por ser, por lo general, irrefutable, desde que en muchos casos la reivindicación se desestima en perjuicio del verdadero dueño. Los mismos autores, en su *Trat. Elemental de D. Civ.*, Los Bienes, trad. mejicana, N° 2285, p. 108, repiten estos conceptos. En otro lugar de la misma obra (op. cit. N° 2286, p. 108 s.) consideran que en los inmuebles a todo poseedor se le presume propietario, porque generalmente el estado de hecho es conforme al estado de derecho. Explican, así mismo, que si el actor no prueba su demanda, en el juicio de reivindicación, la posesión queda en favor del demandado, no porque se reconozca a éste como propietario sino porque su adversario no ha probado ser él el propietario. Esta es entonces una solución de carácter procesal como la sentencia en nuestro Cód. de Proc. Civ. en su Art. 338. Sobre la presunción de propiedad consúltase ZACHARIAE K. S., *Le Droit Civil Français*, t. II, ed. 1855, Parág. 285, p. 84, que, como los autores anteriormente citados, expresa que el poseedor goza de los siguientes beneficios: a) si el derecho del poseedor es contestado la prueba corre a cargo del adversario; y b) en la duda, todo litigio sobre el fondo del derecho se resuelve a favor del poseedor auctore non probante solvitur reus. Véase también a los siguientes:

HUC TH., *Commentaire, théorique et pratique du code civil*, t. 4, ed. 1893, Nos. 113-114, p. 143, ss., quien afirma que si el reivindicante no prueba su derecho de propiedad, o si la prueba se juzga insuficiente, triunfará el poseedor; JOSSERAND L., *Cours de Droit Civil Positif Français*, t. I, ed. 1938, Rec. Sirey, N° 1402, 29, p. 776, el que invoca la máxima in pari causa melior est conditio possidentis; y AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, t. II, ed. 1869, Parág. 182, p. 104 s. los que expresan al igual que los anteriormente citados, que la posesión de las cosas corporales engendra, en favor del poseedor, la presunción legal de la existencia, en su persona del derecho de propiedad. Agregan que esta presunción es el único

Habiéndose producido desde hace mucho tiempo la formación de la propiedad rural, sea por ocupación violenta o clandestina, sea por virtud de la usucapio, la declaración de que el indio es titular del derecho de propiedad de los bienes que posee carece en estos tiempos de la trascendencia y carácter marcadamente demagógico que tuviera dentro de los primeros cincuenta años de vida republicana.

efecto que la posesión produce inmediatamente y por ella misma. Hacen el comentario de la máxima invocada por JOSSERAND, que significa que en igualdad de circunstancias se prefiere al poseedor, y la admiten como consecuencia de la presunción de propiedad que milita en favor del poseedor. Continuando en su examen (op. cit., f. 182, p. 105), dicen que la presunción se observa en bienes muebles e inmuebles; y en cuanto a los muebles la posesión de los mismos engendra por ella misma, abstracción hecha de toda condición de duración, una presunción de propiedad que, en general, es absoluta e irrefragable (op. cit. Parág. 182, p. 105). En otro lugar, (op. cit., Parág. 183, p. 107 ss.), al glosar el Art. 2279 del Cód. de Napoleón, exponen la conocida frase de que en materia de muebles la posesión vale el título o que en otros términos, la posesión engendra instantáneamente y por ella misma, en favor del poseedor de una cosa mueble una presunción de propiedad; citan a MARCADE, XII, sur les Arts. 2279 et 2280, y a DEMOLOMBE, IX N° 622, los que se figuran que en materia de muebles la simple posesión opera una prescripción adquisitiva instantánea, lo que hacen ver que es un error (op. cit., n. 2 de la p. 108, Parág. 183), porque una aseveración tal implica una contradicción en sus propios términos, porque la usucapio supone necesariamente el decurso de cierto período de tiempo. Claramente dicen (op. cit., Parág. 183, p. 109). La reivindicación en los bienes muebles no es la regla sino la excepción.

Conviene revisar la presunción de dominio en otros derechos. Por ejemplo para el derecho italiano deben verse: RICCI F., D. Civ. Teórico y Práctico t. XI, trad. Posadas. N° 48, p. 81 s., quien se pregunta si la posesión conforme a la legislación de su país hace presumir la propiedad; al respecto, dice, el Art. 687 del Cód. Civ. italiano dispone que se presume que cada cual posee por sí mismo y a título de propietario, mientras no se pruebe que se ha comenzado a poseer en nombre ajeno.

Cree RICCI que este precepto no autoriza a considerar que la posesión constituye una presunción legal del derecho de propiedad; hace notar que presumir que se posee a título de propietario y presumir que el poseedor es propietario no es la misma cosa. No parece, sin embargo, estar en lo cierto, porque si se presume que el poseedor posee a título de dueño, habría que esgrimir demasiada sutileza y finura para distinguir tal presunción de aquella otra que infiere el derecho de propiedad en el poseedor. RUGGIERO R., de Instituciones de D. Civ., t. I, Parág. 67, p. 846 y 847, advierte que entre los efectos que produce la posesión al poseedor le corresponde la posición de demandado en los juicios en que el propietario de la cosa poseída la reclama; y la ventaja consiste en rechazar la demanda sin más que invocar su posesión. El poseedor está dispensado de la carga de la prueba y vence en el litigio si el propietario no prueba su derecho. BRUGI B., Instituciones de D. Civ., trad. de la 4ª ed. italiana, 1946, Parág. 39, p. 200, informa, como el anterior, que el poseedor asume la posición de demandado y triunfa no porque se le presuma dueño, sino porque se escuda en la fórmula *possideo qua possideo*.

Para el derecho hispano, véase: VALVERDE C., Trat. de D. Civ. Español, t. II, 4ª ed., 1936, p. 320, que comenta sagazmente la presunción de que el poseedor posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo (Art. 448 Cód. Civ. español). DE DIEGO C., Instituciones de D. Civ. Español, t. I, ed. 1941, p. 381, después de sentar un principio fundamental pero frecuentemente olvidado, que es el de que ahora toda posesión es ad interdicta, o sea el que todo poseedor, aún el inmediato o precario, goza de la defensa interdictal (no, es claro, el llamado servidor de la posesión, que nosotros desconocemos), porque todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión y si fuere inquietado deberá ser amparado o destituido en dicha posesión por los medios que las leyes procesales establecen, sólo admite una presunción sino igual, por lo menos semejante a la de nuestra legislación: que el que posee en concepto de dueño se supone que posee con justo título, sin poder obligarle a que lo exhiba. Y, finalmente, consúltese MANRESA J. M., Comentarios al Cód. Civ. Español, t. IV, ed. 1895, p. 224 ss.

Toda la tierra susceptible de ser cultivada ha sido en el Perú objeto de apropiación y se encuentra ahora en manos de auténticos propietarios que acreditan su derecho no solo por medio del Registro de la Propiedad Inmueble, sino por títulos que constan no de documentos privados sino públicos. Como el valor venal de la áreas de tierra fértil ha aumentado considerablemente aún en las regiones de la sierra y de la montaña, fácilmente soportan los costos para la formación de títulos supletorios de dominio, inversión que hasta hace pocos años era desproporcionada y no guardaba relación con el reducido valor patrimonial de los bienes inmuebles. De otro lado, no cabe reivindicación al-

Para el derecho peruano, consúltase PACHECO, *Trat. de D. Civ.*, t. II, ed. 1862, Parág. 4, p. 47, quien al comentar el inc. 1º del Art. 470 del Cód. Civ. del 52, que contenía la presunción de propiedad, decía que dicho precepto reposaba en la semejanza que existe entre posesión y propiedad, en su manifestación aparente.

En el Cód. Civ. de Suiza la presunción de propiedad sólo se concede, por su Art. 930, al poseedor de bienes muebles (véase ROSSEL et MENTHA, *Manuel du Droit Civil Suisse*, t. III, 2ª ed. Nº 1726, p. 290 s.), por lo que quien pretenda que el poseedor de una cosa mueble no es su dueño deberá probarlo.

Acerca del derecho argentino en este campo, consúltase SALVAT R., *Trat. de D. Civ. Arg., Derechos Reales*, t. I, ed. 1927, Nº 261 ss., p. 142 ss., que sólo analiza la presunción de propiedad en el poseedor de una cosa mueble, ya que el art. 2412 del Cód. Civ. Argentino legisla esta presunción sólo para muebles. No se ocupa de la presunción en cuanto a los inmuebles. Es importante, por cuanto se relaciona con la atribución de propiedad, lo que SALVAT expresa (op. cit., Nº 282 p. 152 s.) En la hipótesis de los bienes muebles embargados por el acreedor, al que le basta demostrar que su deudor los poseía para que se le presuma dueño.

Véase, así mismo, los Nos. 269 y 270, p. 146 y 147 s. de la obra citada. La jurisprudencia peruana ha resuelto esta hipótesis en el mismo sentido, decidiéndose que si las cosas muebles estaban en posesión del deudor se suponía que eran de su propiedad, mientras no se probara lo contrario. Ahora, siendo la transferencia del dominio de muebles real y no consensual, con mayor razón. La sentencia a que nos referimos es de 5 de julio de 1926, inserta en "La Prensa" de 8 de julio de 1926. Sin embargo, el deudor embargado puede estar en posesión de las cosas muebles en virtud de un depósito, o de un comodato, o de una prenda, etc., y en tal supuesto el acreedor embargante carecería inquestionablemente de derecho.

La presunción de propiedad en el poseedor ha sido aplicada por nuestros fallos. Enunciamos los más importantes:

Sent. de 1º de setiembre de 1937, en R. de los T., 1937, p. 281 s., en la que se decidió que los títulos imperfectos de dominio no pueden oponerse al derecho que emana de la posesión; sent. de 23 de marzo de 1945, en R. de los T. 1945, p. 17 ss., que escuetamente aplica la presunción; sent. de 20 de junio de 1873, en A. J. 1873-75, p. 23; sent. 2 de setiembre de 1927, en A. J. 1927, p. 193, siendo de advertir que en APARICIO y G. S., Cód. de Proc. Civ., t. I, concord., 2ª ed., párr. III de la jurisprudencia del art. 337, p. 181, aparece citada y la sumilla que se le ha colocado es expresiva; sent. 16 de mayo de 1930, en "La Prensa" de 24 de mayo de 1930, por la que no presentando el reivindicante instrumentos comprobativos de su propiedad, debe estarse al mérito de la posesión. También establece el art. 827 Cód. Civ.: "Esta presunción no puede oponerse a aquel de quien recibió el bien", o sea una aplicación de la teoría de la posesión mediata e inmediata: el comodatario no podrá invocarla con respecto al comodante (véase ROSSEL et MENTHA, op. cit., Nº 1727, p. 292 b).

Por último, existe el Art. 849 en el Cód. Civ., que preceptúa: "La presunción del Art. 827, tratándose de inmuebles inscritos en el registro de la propiedad inmueble sólo favorece a las personas cuyo derecho está inscrito". No parece compatible con la teoría registral vigente la doctrina de esta norma por cuanto si a lo que se refiere es a la inscripción del derecho de propiedad, resulta que no existe más poseedor que aquel cuyo derecho de propiedad se ha inscrito, lo cual es contrario a su esencia, ya que nuestro registro no es constitutivo, sino simplemente declarativo o transcriptorio del derecho de propiedad. Existen

guna por las comunidades de indígenas, a las que incuestionablemente pertenecieron las tierras feraces, porque ya han sido ganadas por prescripción cumplida con anterioridad al precepto de la Cons. de 1920 (Art. 41) que declaró la imprescriptibilidad; o porque como dichas comunidades de indígenas carecen de títulos demostrativos de su dominio, al perder la posesión no sólo perdieron ésta sino la propiedad.

El status posesorio que deberá defenderse en el indígena debe haberse mantenido durante cierto tiempo. No es sólo el hecho de la ocupación el que la ley deberá proteger, sino el contacto prolongado del indio con la tierra. Ese contacto deberá haberse desenvuelto por lo menos durante el lapso requerible para el sembrío, que es distinto según la clase del mismo y la situación de la región.

Parece útil hacer un recuerdo de lo que sobre la materia que estamos tratando han expuesto nuestros indigenistas. Bien poco es lo que han dicho y ello obedece a que no son juristas, sino sociólogos, educadores, biólogos, antropólogos, economistas, etc. En algunos casos se ha hecho hasta literatura y existen en la actualidad artistas que explotan con éxito el filón indígena. Hay excelentes muestras de pintura y escultura con motivos e inspiración indígena.

Conviene examinar en primer término, la recia personalidad de ENCINAS J. A. (19). Su conocida obra "Contribución a una legislación tutelar indígena" no menciona la existencia en nuestra masa legislativa del principio que sirve de leit motiv a este ensayo (20). Entre las leyes sobre propiedad que preconiza tampoco se dice nada sobre este principio trascendental (21). Incurre en una inexactitud con respecto a la co-

inmuebles cuya propiedad conforme al registro corresponde a una persona en tanto que la posesión corresponde a otra, a tal punto que el poseedor puede prescribir contra el propietario registral conforme al art. 872 Cód. Civ. Es admisible, empero, el principio de que si bien existe posesión de inmuebles registrados a nombre de persona distinta del poseedor, a éste nunca habrá de tenersele por propietario en tanto la prescripción no se consume y se declare a su favor.

No estando inscrito el inmueble al poseedor se le presume propietario, pero si lo está sólo se presume el dominio en aquel que lo tiene inscrito a su nombre. Problema al parecer de difícil solución es el de saber si el poseedor de un inmueble inscrito a nombre de otro goza de la protección posesoria. Nos inclinamos por la respuesta afirmativa, desde que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, salvo la excepción contenida en el Art. 830 del Cód. Civ. Sin embargo, si el poseedor de un inmueble inscrito a nombre de otro titular tiene más de un año de posesión, conviene saber con certeza si puede excluirse mediante interdicto de adquirir o de recobrar o haciendo uso de la acción reivindicatoria. Opinamos porque sólo habrá de desposeérsele en vía ordinaria. El tiempo de posesión por un extraño no debe reputarse interrumpido por haberse inscrito el derecho de propiedad a nombre de un tercero (véase ROSSEL et MENTHA, op. cit., N° 1737, p. 301 ss.).

(19) Preside en la actualidad el Instituto Indigenista del Perú.

(20) Es su tesis y se insertó en la "Rev. Universitaria", año XV, vol. I, 1er. trimestre de 1920, p. 35 ss.

(21) Tesis cit., p. 73 s.

Sería materia de investigación interesante rastrear que hombre de leyes le sugirió a Bolívar al principio. Ahora mismo, su declaración podía considerarse revolucionaria, si no fuera porque la distribución de la tierra es en el Perú "un hecho consumado". Es evidente que en la época en que aparece quienes lo entendieron e interpretaron en su inmensa vastedad debieron sobrecogerse de espanto Empero, fué una suerte para el gamonal o señor serrano que ni abogados ni jueces se percataran del cambio que se había operado, no ya en el onus probandi, sino en la propiedad, en el derecho real por excelencia, en el más

munidad (22), al afirmar que debería regir sus relaciones conforme a los arts. 2131, 2132 y 2133 del cód. civ. de 1852, pero agregaba "excepto en lo referente a la propiedad". Estos dispositivos se encontraban instalados en el libro III, sección VII de dicho cuerpo de leyes, llamada "De las obligaciones que nacen del consentimiento presunto" y cuyo título II se denomina "De la comunidad y la partición de herencia". Si la comunidad de indígenas es persona jurídica, resulta impertinente la aplicación de los preceptos que se citan, que corresponden al estado de comunidad o proindivisión.

Para UGARTE CESAR ANTONIO (23), al tratar de la propiedad indígena solo le interesa examinar su enajenabilidad, lo que era conforme con los dogmas de la Revolución Francesa, que animaron nuestro movimiento independiente.

En cuanto a CASTRO POZO HILDEBRANDO (24), en el capítulo en que se ocupa del fenómeno político de la emancipación, se refiere a los decretos de Bolívar (8 de abril de 1822 y 4 de julio de 1825), sin destacar la revolución agraria que se proclama.

Tampoco MARIATEGUI JOSE CARLOS (25), destacó esta declaración que se quedó en el papel, sin llegar a objetivarse nunca. No era en verdad no ya jurista; ni siquiera abogado. Tenía repugnancia espiritual por nosotros, porque antes de ahora el letrado unía a su ignorancia una absoluta carencia de principios morales y de allí que en su época destacaran como grandes figuras del foro abogados que por lo que han dejado escrito, o porque no escribieron, no nos parecen hoy tan notables como se afirma. Se trataba evidentemente de la mediocridad del medio jurídico que encumbra como jurista a hombres subalternos. Se salvan es claro, las figuras doctas e ilustres de PACHECO Y GARCIA CALDERON y quizá algunos otros como DE LA LAMA y los OLAECHEA y los ALZAMORA y CORNEJO ANGEL GUSTAVO, siendo de advertir que esta enumeración no es completa porque la producción jurídica nacional no la he podido consultar toda. Por fortuna, ahora el abogado inescrupuloso, ignorante y dispuesto a todo es la excepción, siendo subestimado no sólo por los demás, sino por sus propios colegas.

Encontramos el principio en ROCA ERASMO, quien ha estructurado el siguiente dispositivo:

Art. 160. Los indígenas que, individual o colectivamente, están poseyendo para sí, conforme a los arts. 468 y 469 del cód. civ. (abrogado),

perfecto jerárquicamente, que siempre deriva de instrumentos, de protocolos, de matrículas, de registros y que en adelante sólo habría de apoyarse en la posesión, que después de todo no es más que un hecho. De aquí resultaba que propiedad y posesión eran institutos equivalentes, que tenían la misma virtualidad jurídica. Es obvio que este principio de haber sido aplicado con justeza habría producido más benéficos resultados que toda esa jergonza jurídica impregnada de literatura sentimental que se ha escrito sobre indigenismo.

(22) Tesis cit., p. 76.

(23) En "Bosquejo de la Historia Económica del Perú", ed. 1926, p. 55 ss.

(24) Véase su obra "Del ayllu al cooperativismo socialista", ed. 1936, p. 189 ss. y 192 s.

(25) Consúltense "Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana", 2ª ed. Especialmente, "El problema del indio" y "El problema de la tierra", dos de los siete ensayos, en las p. 25 ss. y 33 ss., respectivamente.

tierras de labranza o pastoreo, tienen el dominio absoluto de ellas y son sus legítimos dueños" (26).

Este es evidentemente el principio, pero se le ha limitado a las tierras de labranza y pastoreo. Convendría extenderlo a todos los inmuebles. Incorre, además, en una redundancia que conspira contra la claridad: tener el dominio es equivalente a ser dueño. Por lo mismo, la frase con que termina la norma estaba demás.

ROCA es un magnífico profesor en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de San Marcos; es abogado, pero su nominación la debe a la economía. Sin embargo, ha tenido la virtud de construir una fórmula legal a base de un principio olvidado, aunque no derogado. Ello no obstante, existen ciertas incongruencias como son las que derivan de los siguientes preceptos:

Art. 161 "Contra el derecho acordado a los indígenas en el art. anterior, sólo se podrá oponer el dominio y la posesión ejercida sin solución de continuidad, por el oponente o sus antecesores, durante el término de la prescripción inmemorial".

Art. 168. "La propiedad inmueble de los indígenas en general, no puede perderse por sus dueños, por prescripción".

Es saltante la oposición entre ambas fórmulas, a no ser que se estime que la usucapio se admite antes de que hubiere nacido la propiedad indígena por la simple posesión; pero que una vez nacida su imprescriptibilidad es absoluta. De uno o de otro modo, hubiere sido más adecuado suprimir el art. 161.

La obra peruana más reciente sobre el problema indígena es la de SIVIRICHI ATILIO (27), quien ignora la existencia del principio y, más bien legisla en su proyecto de código indígena, algo sumamente peligroso:

Art. 414. "Los indígenas como legítimos propietarios de las tierras del Perú, tienen derecho a reivindicar sus tierras".

La aplicación de este dispositivo importaría la desaparición de la totalidad o casi totalidad de la propiedad particular, porque es obvio que la tierra laborable perteneció a las comunidades indígenas. Desconoce los efectos jurídicos de la ocupación (modo de adquirir permitido bajo el imperio del Código Civil derogado); y de la prescripción adquisitiva perfeccionada con anterioridad a la fecha en que nuestra legislación declaró la imprescriptibilidad. No sólo admite la reivindicación por dichas comunidades, sino por los indígenas considerados individualmente. No necesita mayor comentario esta cuestión, para dejar sentado que se trata de una regla excesiva y absurda. Entre los modos de adquirir la propiedad indígena, SIVIRICHI (28) establece la aprehensión, que es modo de adquirir mobiliario solamente, el hallazgo, la accesión, entre los originarios; y la prescripción, la enajenación y la herencia, entre los derivados, decidiendo un punto doctrinariamente contro-

(26) Revítese "Por la clase indígena", ed. 1935, p. 131.

(27) "Derecho indígena peruano", ed. 1946; contiene un proyecto de codificación para los indios, p. 303 s.

(28) Op. cit., p. 304.

vertido, o sea el de atribuir la calidad de modo derivado a la prescripción.

Por lo que se deja expuesto, mi ponencia se condensa en los siguientes términos:

- El indio es propietario de la tierra que posee.

Este criterio debe ser adoptado por todas aquellas legislaciones en cuyos pueblos moran y pululan grandes masas de indígenas.

Conviene, empero, saber con certidumbre cuándo habrá de estimarse que el indio posee. Se dirá que posee cuando su posesión se ha desenvuelto por lo menos por más de un año (tiempo que dentro del derecho común produce el efecto de interponer o rechazar los interdictos); y que dicha posesión sea tranquila o pacífica, pública o continua, es decir, sin lagunas. De otro modo, el principio que sostenemos daría lugar a una serie de amotinamientos y trastornos de carácter social, ya que el indígena trataría de lograr por medio de la violencia una posesión que le atribuiría el derecho de propiedad.
