

## LAS LINEAS DE TENDENCIA EN LA EVOLUCION JURIDICA DE LOS PUEBLOS

Indudablemente que el desequilibrio del hombre de Occidente tiene varias causas, pero igualmente es indubitable que muy pocos han tratado de indagar sobre los motivos verdaderos y profundos de la desadaptación jurídica operada sobre todo en nuestros pueblos, de variada conformación sociológica. Muchos, mirando sobre la superficie del problema, han creído encontrar la causa de la crisis jurídica de Hispanoamérica en la herencia hispánica precisamente, al sostener que la inspiración valorativa y protectora de las leyes de Indias no contaron con las suficientes condiciones sociales para traducir sus beneficiosos efectos en la vida práctica. Añadiendo que la orientación tutelar del Derecho indiano fué ineficaz para conseguir soluciones adecuadas, aumentando el caudal de problemas que hoy agitan la República, y que, de no existir ese temerario desprecio por la ley, «típica herencia colonial», habría solución para numerosos de nuestros problemas.

Nosotros no podemos comprender cómo en un pueblo típico de mestizaje de cultura como el nuestro podamos atribuir a sólo una de las partes constitutivas del mismo toda la carga de errores, y a la otra, la posesión exclusiva de la escala axiológica. Aquí es donde resalta un defecto, de enfoque típicamente politizado, de buena o mala fe, pero nada científico. El problema del estudio de las causas de desadaptación jurídica de un pueblo no puede ser tratado desde una atalaya preconcebida. Entender la vida humana desde el mirador de otra estructura tiene muchas dificultades. En realidad, se necesita llegar a poseer hábitos de valoración del grupo o grupos culturales estudiados para poder comprender exactamente la dinámica de una época sin llegar a deformaciones.

Por otra parte, la apreciación comparativa de diversos sistemas jurídicos trae consigo una serie de problemas axiológicos, pudiéndose señalar entre varios los de la evolución, el de la decadencia, el de la transculturación, etcétera, que fácilmente pueden caer dentro de dos vicios de enfoque, que podríamos llamar etnocéntricos y relativistas.

El primer vicio consistiría en juzgar el Derecho de una época o de un

grupo cultural, con elementos valorativos propios de la nuestra, es decir, tratando de encontrar identidades e, inconscientemente, tratando de adaptar toda esa estructura a la nuestra, no concibiendo que cada pueblo en el tiempo haya poseído una concepción del mundo propia, que es lo que constituye su dogmática.

El segundo vicio de enfoque, por el contrario, al pensar que cada pueblo ha poseído una concepción distinta a la nuestra, y como en el caso del Perú, no hay elementos para reconstruir la dogmática ni la real estructura social pre e incaica; ese Derecho no se puede estudiar científicamente, y provoca, por consiguiente, una actitud abstencionista.

Confesamos que en un principio fuimos partidarios de esta segunda actitud y dedicamos todos nuestros esfuerzos al estudio de la evolución jurídica del Perú, desde el siglo XVI, época clave del progreso y transformación del Derecho occidental, pero a partir de los trabajos de Mazzarella, y comprendiendo que en toda reconstrucción del pasado y en toda visión completa de la Historia tiene la investigación prehistórica un papel fundamental, sobre todo si, como en el caso concreto de la historia del Derecho, este conocimiento del pasado de un pueblo no es simplemente narrativo, sino analítico y hasta causalista, porque la verdadera justificación de la historia del Derecho, como ciencia independiente, es la de tratar de señalar la línea o líneas de conducta de un pueblo determinado en el aspecto jurídico. Y si, como dice Martín Almagro (1), «mal podría, evidentemente, juzgar un drama teatral quien sólo viera el final del último acto», nosotros no podríamos iniciar el estudio de la evolución jurídica del Perú, ni tratar de sistematizar este estudio a partir del siglo XVI, por cuanto es evidente que este cuadro sería incompleto.

« Por otra parte, tampoco sería serio ni científico presuponer como existente un Derecho «inca» o «incaico», tipificándolo desde un etnocentrismo viciado, como ha sucedido con todas las obras y estudios realizados hasta la fecha sobre estos temas; obras que, indudablemente, han tomado como base las Crónicas de la Conquista, y fundamentalmente, a Huaman Poma de Ayala y al Inca Garcilaso de la Vega, con el añadido de que todas las lagunas existentes han sido llenadas, como en la arqueología común, a base de hipótesis; buenas, cuando se hacen juegos intelectuales, pero peligrosas cuando se trata de estudiar la evolución jurídica de un pueblo. En cierta forma, pues, todas estas obras carecen del debido rigor científico, del aná-

---

(1) MARTÍN ALMAGRO: *Introducción al Estudio de la Prehistoria*. Ediciones Guadarrama. Madrid, 1960; págs. 39-40.

lisis y la investigación que un jurista debe efectuar con las pruebas ofrecidas.

Es, pues, un camino muy árido, pero a la vez fascinante, este de la historia del Derecho peruano. En él no contamos, como los juristas europeos, con la ayuda de los escritores llamados clásicos, o, como para conocer las antigüedades de Oriente, con la ayuda de «tablillas» o inscripciones ya descifradas. Nuestros elementos de trabajo necesariamente tienen que ser la etnología jurídica, con cuyos datos comprobaremos la veracidad de los «cronistas». Otro elemento valioso, y hasta la fecha dejado de lado por todos los que han trabajado en este campo, son los informes elevados al Consejo de Indias y a su visitador, don Juan de Ovando, en los primeros años del siglo XVI por los juristas venidos a las Indias occidentales y, por tanto, al Perú. Ellos, por su calidad de hombres de Derecho, han podido apreciar mejor que los simples conquistadores el funcionamiento de las instituciones jurídicas primitivas del Tahuantisuyo, y, aun cometiendo algunos vicios de enfoque, como el licenciado Bibriesca de Mutañones, o el no menos importante autor del *Memorial para la reformatión del reyno del Perú*, fray Francisco de Morales, entre otros muchos —que tengo sometidos actualmente a estudio—, su visión y sus datos son mucho más serios, además, por la simple razón de que tenían el específico encargo de averiguar el funcionamiento de la «república de los indios», para adaptar las leyes y costumbres que no fueran contrarias a la concepción que del Derecho y del gobierno se tenía en el siglo XVI en la nación más evolucionada de Occidente, es decir, España, y precisamente para evitar que los naturales vieran «sin ley y sin gobierno al quitárseles las que de su polizía tenían» (2), e ignorar o no entender las emanadas de la Corona española. Hay, pues, en esa época el presentimiento de que una buena legislación sólo podía surgir si se respetaba el alma popular, es decir, las costumbres con valor jurídico de un pueblo, algo así como lo que afirmara Savigny en el siglo XIX, y que Otto Gierke precisara mejor al hacer notar la importancia de la continuidad histórica en la formación del Derecho, cuando decía que el Derecho del presente tiene tanta más vida cuanto más deliberadamente arraiga en el Derecho del pasado. Y precisamente eso fué lo que se hizo durante toda la época colonial: se respetó toda la estructura jurídica primitiva, incluso con denominaciones propias, con la salvedad de las que fueran contrarias

---

(2) Ver VÍCTOR M. MAURTÚA: *Antecedentes de la Recopilaciones de las Leyes de Indias*, Madrid, 1906; y *El Proyecto Ovando y el pensamiento jurídico del siglo XVI*. Tesis doctoral del autor de esta nota. Lima, 1961.

a la concepción que trajeron los conquistadores; de allí el etnocentrismo de juristas y cronistas.

Fundar, pues, la historia del Derecho en determinaciones exactas del pasado, y en nada más, es ingenuo y carece de sentido. Lo perdurable de los llamados hechos dignos de historia consiste en algo más que en su celebridad: necesitan poseer una virtud que los haga contemplables, meditables y revivibles, por muchos o por pocos, mas siempre en intensidad y profundidad. Hacer historia no consiste en exponer hechos del pasado, aislados o en serie sucesiva, sino más bien en el intento de incorporar a la vida colectiva lo digno de recuerdo. Debido a estas razones es por lo que nos hemos confeccionado un programa del curso universitario de Historia del Derecho peruano no con un criterio de catalogador o como índice exhaustivo de documentos y bibliografía legal, sino que hemos tratado de darle la unidad que requiere nuestra peculiar historia del Derecho, tratando de encontrar y definir lo que hemos bautizado como *Líneas de tendencia*, es decir, hemos tratado de hallar, mediante el análisis y la comparación de épocas, la constante, en la evolución jurídica del pueblo peruano, sin caer en los errores señalados por Américo Castro (3) de confundir la continuidad biológica de los habitantes primitivos del Perú —los quéchuas— con las discontinuidades de su conciencia colectiva. Nosotros entendemos, con el autor de *Dos ensayos*, que la continuidad de forma de vida de un pueblo es independiente del hecho físico de que siempre sea el mismo el suelo sobre el cual existen gentes de diferente forma de vida, pero como en el Perú tenemos representantes de pueblos que vieron surgir el Tahuantisuyo y desaparecer bajo la dominación española y luego contemplaron el fin de ésta con una actitud milenariamente amorfa, disgregada y sin centro a que referirse en un principio, pero que lentamente se van incorporando a la existencia de quienes, en el siglo XVIII, no se sintieron ni incas, ni españoles americanos, sino peruanos, tenemos la necesidad imperiosa de establecer estas constantes como en el siglo XVI trataron de efectuarlo los miembros del Consejo de Indias, sin lograrlo, por falta de la ayuda de elementos científicos adecuados, para que las futuras generaciones de juristas y legisladores puedan adecuar el Derecho a estas líneas tradicionales de tendencia jurídica del pueblo peruano, es decir, a su alma popular.

Precisada la forma como entendemos la historia del Derecho y su utilidad, vamos en seguida a tratar, aun cuando sea en forma breve por la naturaleza de este trabajo, de intentar sentar algunas líneas de tendencia

---

(3) AMÉRICO CASTRO: *Dos Ensayos* (Descripción, narración, historiografía). México, Porrúa, 1956.

en los grupos primitivos que habitaron el territorio de la actual República del Perú, aun cuando nosotros podríamos generalizar estas líneas a lo que actualmente se llama República del Ecuador, Bolivia y Norte de Argentina. El caso de Chile es diferente, por cuanto, aun cuando el área de difusión de la cultura incaica llegó hasta el río Maule, es también evidente que los elementos étnicos constitutivos de la actual República de Chile y, por tanto, sus formas de vida, no guardan ninguna continuidad con elementos primitivos, y su devenir histórico por eso es más uniforme y sin las desadaptaciones de los demás pueblos de América del Sur.

Decíamos anteriormente que nuestros elementos de trabajo fundamentales iban a estar constituidos por la etnología jurídica y las fuentes escritas por los juristas de Indias, con cuyos datos trataríamos de interrogar a los cronistas de la Conquista, para establecer las verdaderas instituciones o formas jurídicas existentes en el Perú prehistórico hasta el entronque con Occidente y para descartar a las hipotéticas y las debidas a la fantasía.

Pero igualmente al señalar nosotros a la etnología como herramienta de trabajo, añadimos: «con todas sus limitaciones», y, efectivamente, y por lealtad científica para con nuestros discípulos, debo recordar que la ayuda de esta ciencia es relativa, por cuanto el método etnológico que utiliza la Prehistoria, y prehistoria tenemos que hacer forzosamente en esta parte de nuestro trabajo, no es tal método, sino, simplemente, una tendencia, un simple apoyo de trabajo, y, como lo dice Martín Almagro, «si tenemos un arpon o una punta de azagaya prehistóricos, es posible hablar de un pueblo primitivo actual que aún los fabrique igual y que los use en sus cacerías o combates. Entonces el útil nos habla con mayor calor no sólo en su técnica y utilidad, sino de la sociedad economicocultural que los utiliza», agregando: «Lo mismo ante el uso de un adorno o de un fetiche. Es evidente que comprendemos mejor las puntas de flecha, los arpones y los propulsores de nuestro Paleolítico Superior cuando los vemos utilizados por los esquimales actuales. En una palabra: la etnología ha iluminado con una luz, a veces apasionante, los restos de nuestras pasadas culturas y ha permitido situar el desarrollo economicocultural de las sociedades que las crearon.» Pero no por eso debemos caer en exageraciones al efectuar el paralelismo prehistórico-etnológico y caer también en equivocadas fantasías, porque jamás por este solo camino obtendremos una idea completa de la sociedad mochica o de la nazca, ni aun de la incaica, ni mucho menos de lo creado por ellos en la esfera de lo social y espiritual, y eso que en el Perú tenemos una línea de continuidad entre la Prehistoria y nuestra época en muchas comunidades de nuestra Sierra. Antes de proseguir queremos igualmente aclarar a nuestros lectores que es tiempo de que destierren de una vez por todas la idea de

que las denominaciones prehistórico y primitivo señalen estados degenerados del hombre, por cuanto, simplemente, señalan una etapa sin historia escrita, pero que los pueblos que se desarrollaron en estas condiciones son susceptibles de haber creado una estructura social avanzada y una alta moral, y como nosotros sospechamos que ésa fué la condición sociológicoespiritual de las culturas prehistóricas desarrolladas en nuestro país, es por lo que tratamos de establecer, hasta donde sea posible, sus líneas de tendencia jurídica con la ayuda, además, de fuentes escritas de primera mano.

Ya en el siglo pasado, Cunow, citado por el maestro Jorge Basadre en su obra *Historia del Derecho peruano* (4), comprobó la importancia de los elementos sociales anteriores a los Incas, entre los cuales destacó el Ayllu, o comunidad agraria. Nosotros, simplemente, desearíamos establecer el origen de tal comunidad agraria para poder establecer la primera línea de tendencia jurídica.

Remontándonos al Paleolítico sudamericano, encontramos a un grupo primitivo, que algunos, como Valcárcel, llaman simplemente Collas, derivando su nombre de la meseta del Collao, y cuya habitación más peculiar es la choza de piedra, de sección redonda, con techo en forma de cono, y cuyas armas eran fundamentalmente las arrojadizas; por algo era un pueblo que ignoraba la agricultura y procuraba su alimentación principalmente de la caza. Guerreros por excelencia, fusionaron al Sol con la divinidad, y al grupo, con un animal u objeto, al que se conoce con el nombre de Totem, y no individualizaron la propiedad de la tierra, por cuanto era considerada como simple extensión o coto de caza común para el grupo, y, por tanto, impedían toda penetración de extraños en su territorio, que, por otra parte, trataban siempre de hacer más amplio. Los Collas caen, pues, dentro de la definición de Cultura Totémica Patriarcal, tan en boga hasta hace unos años, y que hoy, con Hawkes, de la Universidad de Oxford, y con el profesor Glyn E. Daniel, de Cambridge, podríamos llamar «antehistórica» época inicial antes de la decisiva transformación económicosocial agrícola del Neolítico, o lo que los alemanes llaman simplemente «Urgeschichte».

Luego de esta primera oleada de pueblos primitivos, cuya presencia data de unos catorce a quince mil años antes de la Era cristiana, aparecen los pueblos telehistóricos, período prehistórico que abarca desde la aparición de culturas agrícolas seguras en un territorio con el desarrollo de la plena agricultura en el mismo, y que en el caso del Perú está representado por los llamados «arahuacos», procedentes, según Tello, de la región amazónica, de organización matriarcal. Estos pueblos subieron a la región andina, tratando

(4) JORGE BASADRE: *Historia del Derecho peruano*. Editorial Antena, 1937.

de encontrar un «habitat» parecido al de su procedencia, y ocuparon todos los valles interandinos o yungas y bajaron posteriormente a la costa.

Arraigados rápidamente a determinados territorios, iniciaron una agricultura selectiva, y de cuyos vestigios tenemos ya datos seguros a través del Radiocarbón Dating, de la Universidad de Chicago, que ha analizado diferentes muestras procedentes de la costa norte del Perú, tales como «Huaca Prieta», en Chicama, Moche y Valle de Virú, en el Norte, y zona de Paracas-Nazca, al Sur, dando una cronología hasta nuestros días de cuatro mil años de antigüedad como máximo y mil ochocientos años como mínimo. Entre las plantas que habían seleccionado se encontraba la Coca, a cuya masticación se dedicaron desde aquella remota época. Construyeron sus casas sólidamente, en planta rectangular, de piedra o adobe, indistintamente, según la región. Es muy posible que en las riberas del Marañón la cronología para estos pueblos sea casi tan antigua como para los Collas.

Su religión y mitología eran esencialmente lunar y tributaban culto a los muertos y a los espíritus, y de su influjo se hacía depender la vida. El uso de máscaras en el Perú prehistórico nos lleva a la deducción de que, al igual que en otras sociedades matriarcales, los hombres se reunieron en sociedades secretas. Existe la exogamia, basada en la división de la tribu en dos clases matrimoniales, de manera que los miembros de una clase deben buscar su cónyuge en la otra clase. Parece derivarse de allí la división de los «Hurín» y los «Hanan». El matrimonio llega a realizarse en etapas más evolucionadas por compra, y no creemos, como algunos autores, que en estos pueblos pudiera existir la herencia ni que ésta siguiera la línea materna, como lo afirman algunos tratados de la materia, por cuanto si eran animistas, los objetos muebles debieron de ser considerados «tabú», por estar impregnados del ánimo del poseedor, y, por tanto, debían acompañar a éste a su tumba. En cuanto a la propiedad inmueble, o sea la tierra, debió de ser patrimonio del grupo que la trabajaba.

Ambos grupos de organización sociojurídica, distinta y hasta antagónica, se hicieron consecuentemente la guerra, seguida de largos periodos de paz, en los que se producían algunos mestizajes. Estas agrupaciones, superando el aislamiento que primitivamente les impuso la inmensidad del territorio andino y costeño, llegaron a tener jefes guerreros y Consejos tribales, cultos religiosos y terrenos de cultivo. Fueron, pues, evolucionando desde la simple confederación guerrera hasta el señorío semiestatal.

La interrelación de estos pobladores prehistóricos del Perú lógicamente produjo resultados utilizables por la historia del Derecho. De la victoria bélica correspondiente a los aguerridos Collas sobre los no menos violentos y laboriosos arahuacos, autores, quizá, de las más antiguas culturas de la costa

y la ceja de montaña en el Perú, y tal vez Tiahuanacu, por su parentesco con las culturas selváticas que van hasta la boca del Amazonas, en la isla de Marajó o Maraho, nos quedan algunos vestigios utilizables por la arqueología; para nosotros, hombres de Derecho, nos queda el saber que, como siempre ha sucedido a lo largo de la historia de la Humanidad, los rudos pueblos guerreros, a la postre, han quedado conquistados por los pueblos diligentes a ellos sometidos, y así, los arahuacos absorbieron social y antropológicamente a los Collas, formándose incluso una amalgama cultural, en la que cada raza contribuyó a forjar una cultura superior a las dos de procedencia.

Este mestizaje se formó a lo través de una larga línea que va desde Quito hasta Huamahuaca, y tal vez hasta Jujuy, en la actual Argentina, dando origen a un conglomerado de cultura, que más adelante los Incas llegaron a uniformar sobre la base del idioma que conocemos con el nombre de «Quéchua».

A esta altura del desenvolvimiento prehistórico, ya han aparecido en forma definitiva el «ayllu», con todas sus características conocidas, con la supervivencia de la propiedad agrícola colectiva, de los totens y la agricultura selectiva, así como sus costumbres religiosas también fusionadas, y cuyo símbolo sería «Pachacamac», con la síntesis de la mitología solar y lunar en sus templos.

Estas, pues, serían nuestras más antiguas líneas de tendencia jurídica, y cuya evolución posterior será materia de un trabajo futuro tendente a establecer «las líneas de tendencia y las formas jurídicas en el Perú prehistórico», entendiéndolo por Prehistoria desde esta época, tratada ahora en forma muy ligera, hasta el desembarco de Francisco Pizarro en Tumbes, que es cuando ya se entronca el Derecho peruano con las corrientes occidentales.

Antes de terminar queremos dejar igualmente establecido que consideramos impropia la denominación de Derecho para las costumbres a las que desde un punto de vista etnocentrista consideramos como tales, pero muy difícilmente llegaremos a saber si esos pueblos las consideraron así o no, pues perfectamente pudo para ellos ser religiosa una costumbre exigida por la autoridad, aun cuando no se refiriese al culto, de manera que proponemos el uso de la calificación de formas jurídicas para todas ellas, desde que esta calidad se la estamos atribuyendo nosotros en la época actual.