

¿ES POSIBLE HABLAR DE DERECHO PREHISPÁNICO?: UN ESPECIAL ANÁLISIS AL DERECHO INCAICO

por José Alfonso Lip Zegarra

SUMILLA

Estando próximos a cumplir doscientos años como República independiente, es de suma importancia realizar una pausa en el presente y la proyección al futuro para recordar los orígenes de las instituciones que inspiraron el ordenamiento jurídico actual, bases fundamentales para el desarrollo de nuestra ciencia. Indudablemente, es el Imperio Incaico la figura más resaltante al momento de referirnos a la etapa prehispánica de nuestro país, y surge la cuestión acerca de la existencia o no del derecho en esta civilización. Es así que, el presente trabajo busca dar una aproximación a la respuesta de esta pregunta, así como la necesidad de su estudio en el panorama jurídico peruano actual.

Para lograr este objetivo, en primer lugar, el autor realizará un breve recuento de algunos conceptos previos necesarios como punto de partida de la investigación, luego brindará un panorama general sobre el derecho en las culturas preincaicas para, posteriormente, profundizar en el estudio del Derecho incaico y las razones que soportan su existencia. Finalmente, se darán algunas reflexiones y comentarios finales sobre esta interrogante.

PALABRAS CLAVE: Historia del Derecho, Derecho inca, costumbre, cultura mochica, fuentes

SOBRE EL AUTOR

Abogado y Bachiller en Artes Liberales con Mención en Historia por la Universidad de Piura (UDEP). Egresado de la Maestría de Derecho de la Empresa por la misma casa de estudios. Actualmente, se desempeña como Abogado en temas corporativos y procesales en Cárcamo Abogados.

Correo de contacto: alfonsolipz@gmail.com

Babilonia en el siglo XVIII a.C., las Doce Tablas del Imperio Romano o las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio del Reino de Castilla en la Edad Media; sin embargo, lo cierto es que, a lo largo de la historia de la humanidad, existieron civilizaciones que, en sus propias circunstancias, encierran la noción de Derecho en sus sociedades.

De acuerdo a la profesora María del Refugio Gonzáles, la Historia del Derecho es “una disciplina que se ocupa de estudiar el fenómeno jurídico en perspectiva histórica”¹; asimismo, para Carolina Unzueta Oviedo se estudia “el Derecho en su desarrollo histórico, y no simplemente como un régimen jurídico del pasado”².

I. ALGUNOS CONCEPTOS PREVIOS

1. Historia del Derecho y sus fuentes

Cuando escuchamos el término “Historia del Derecho”, normalmente, nos viene a la mente instituciones clásicas de nuestra ciencia, como lo son el Código de Hammurabi del Imperio de

¹ GONZÁLES, María, *Historia del Derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p.1.

² UNZUETA, Carolina, *Para una teoría de la Historia del Derecho*, Atenea (Concepción), Concepción, n. 513, 2016, p.189.

Por parte de la historiografía peruana, el profesor Jorge Basadre Ayulo define a la Historia del Derecho como “la disciplina jurídica que describe y explica el origen, la evolución y las transformaciones en los sistemas jurídicos a través del tiempo”³, así como “el estudio de la naturaleza, los elementos, las características y las variaciones acontecidas en un sistema jurídico del pasado”⁴.

En cuanto a su objeto, se dice que este es “la historia de la formación, aplicación y comentarios del Derecho, y la historia de las instituciones sociales reguladas por él”⁵; además, el profesor Eduardo Martiré agrega que la Historia del Derecho “tiene como objeto el estudio del origen y evolución del Derecho a través del tiempo”⁶.

Así, podemos apreciar que la Historia del Derecho es una ciencia que busca explicar la evolución, transformación y desarrollo de las instituciones jurídicas de una determinada sociedad a lo largo de su existencia y -consecuentemente con esta definición- su objeto de estudio no se limita exclusivamente a las evidencias que puedan ser recogidas en libros, textos o leyes de un determinado periodo histórico, sino que puede ser estudiado a la luz de las distintas fuentes, las cuales enunciaremos en líneas posteriores. Esta ciencia, aunque autónoma en cuanto a sus fines, objeto de estudio y metodología para el estudio del mismo, recibe una innegable influencia de las ciencias que la inspiran como lo son la Historia y el Derecho.

Finalmente, consideramos vital hacer eco de las palabras del maestro Jorge Basadre Ayulo sobre la importancia de la Historia del Derecho y su estudio, el mismo que señala que la ciencia histórico-jurídica tiene una doble importancia, tanto científica como

práctica⁷:

“De un lado [importancia científica], aporta el conocimiento del pasado jurídico, sus causas y sus efectos. Y asimismo [importancia práctica], también tiene incidencia en la aplicación del resultado de las investigaciones histórico-jurídicas a casos concretos en controversias judiciales, en arbitrajes y en las consultas ante un problema especial que le pueda someter el cliente a un abogado”.

La Historia del Derecho no se reduce simplemente a una aplicación práctica sin teoría como la interpretación histórica que se puede realizar de una norma, o viceversa, como el estudio estático de las normas sin ninguna correlación con la realidad, ignorando los factores no legales que influyen en la formación de una determinada institución; sino que encierra en sí misma el ser una herramienta de utilidad para el jurista de hoy, permitiéndole comprender no solo el devenir de una figura jurídica hasta su composición actual, sino, también, las razones de las decisiones que tomen terceros y que tengan incidencia directa en un caso concreto.

2. Fuentes de la Historia del Derecho

En primer lugar, debemos comenzar señalando que las fuentes histórico-jurídicas –a nuestro criterio– deben ser entendidas en un sentido de más amplio alcance, conforme lo señala el jurista Jorge Basadre Ayulo, cuando afirma que

³ BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del Derecho Universal y Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2011, p. 53.

⁴ BASADRE GROHMANN, Jorge, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima, Librería Internacional del Perú S.A.C., 1956, p.4; citado por BASADRE AYULO, Jorge, *Historia...*, p.53.

⁵ Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2019, extraído de: <https://derechouned.com/libro/historia/2217-la-historia-del-derecho-como-ciencia> (revisado el 09.05.2021).

⁶ MARTIRÉ, Eduardo, *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 18.

⁷ BASADRE AYULO, Jorge, *Historia...*, p. 62.

estas se constituyen como “el medio idóneo que nos permite reconstruir, analizar y descubrir hechos y sistemas jurídicos que pertenecen al pasado, con lo que el investigador se aproxima a iniciar un proceso intelectual para la comprensión del Derecho actual”⁸. Esta definición resulta sumamente útil, ya que nos permite desmarcarnos de la clásica visión de la fuente histórica impulsada por la Escuela Histórica Alemana del Siglo XIX⁹, en donde el documento escrito se alzaba como la principal fuente para conocer el pasado.

Así, el espectro de las fuentes histórico-jurídicas se enriquece, considerando nuevos componentes para el estudio de la historia del Derecho de una comunidad. Elementos propios de cada pueblo como su literatura, expresiones pictóricas, religión, danzas y cualquier hecho que permita dar cuenta del desarrollo de la vida en sociedad se erigen como fuentes para el estudio de la Historia del Derecho.

En este punto, es necesario reconducirnos a las clasificaciones de las fuentes histórico-jurídicas realizadas por el profesor Basadre Ayulo¹⁰:

- a) Fuentes directas e indirectas: las fuentes directas o inmediatas son aquellas que permiten al investigador su estudio (ej.: una Constitución); mientras que, las fuentes indirectas o mediatas necesitan ser interpretadas dentro de un contexto para encontrar el testimonio jurídico de la misma (ej.: poesía, escritos religiosos, etc.).

- b) Fuentes gráficas y orales: las primeras pueden dividirse en escritas (una ley) y pictóricas (manuscritos en figuras grabadas); por el contrario, las fuentes orales carecen de soporte físico y son transmitidas entre generaciones (mitos, fábulas).

- c) Objetos histórico-jurídicos, solemnidades y folclore jurídico: los primeros son objetos que, en sí mismos, encierran nociones de contenido jurídico (sellos, fardos funerarios); los segundos constituyen rituales con incidencia en la vida jurídica (celebración del matrimonio o ritos funerarios); mientras que los últimos emanan “del alma del pueblo” sujetos al régimen de la actividad y pueden tratarse de refranes, cantares o cuentos, como el de “*Ushanan Jampi*” de Enrique López Albújar.

Además, es interesante conocer la clasificación de Porras Barrenechea¹¹, que clasifica a las fuentes históricas en:

- a) Monumentales: monumentos dejados por civilizaciones, donde resalta la intención de perpetuidad de estas sociedades (ej.: los obeliscos, la pirámide).
- b) Orales o tradicionales: refiere al lenguaje, mito y la leyenda, elementos que son parte del

⁸ Ibidem, p. 68.

⁹ La Escuela Histórica Alemana centra su estudio en la Gran Historia; es decir, la historia de los grandes acontecimientos que afectaron la vida de una determinada sociedad (guerras, personajes claves en la vida de una nación, entre otros), mediante el estricto manejo de la fuente histórica, buscando la objetividad del trabajo del historiador, el cual debe mantener al mínimo su análisis a fin de no alterar los datos obtenidos de la fuente. Esta escuela encuentra a su mayor representante en Leopoldo Von Ranke. En caso se desee profundizar sobre la Historia de la Historiografía, la profesora Cristina Guerra aporta una mirada panorámica sobre el tema, en su texto “Modelos epistemológicos y metodológicos en el desarrollo de la Historia”, disponible en <https://www.rua.unam.mx/portal/recursos/ficha/72088/modelos-epistemologicos-y-metodologicos-en-el-desarrollo-de-la-historia> (revisado el 24.05.2021)

¹⁰ Cfr. BASADRE AYULO, Jorge, *Historia...*, pp. 77 - 86. Es necesario precisar que las clasificaciones realizadas responden a fines netamente pedagógicos, y no significa de manera alguna que las fuentes son estamentos inmóviles, que por su propia cuenta pueden dar un total entendimiento del tema.

¹¹ PORRAS BARRENECHEA, Raúl, *Fuentes históricas peruanas*, 1955, citado por: BASADRE AYULO, Jorge, *Historia...*, p. 80.

según Porras, son elementos “que constituyen el bagaje esencial de la historia”.

- c) Escritas: conformadas no solo por el Derecho legislado, sino de una perspectiva más amplia, como la doctrina y la historiografía, o la jurisprudencia, elementos que profundizaremos en el siguiente apartado.

Después de este breve recuento de las fuentes para el estudio de la Historia del Derecho se puede concluir, sin duda alguna, que la fuente escrita no agota el conocimiento total de la vida de una población ni su entendimiento del Derecho como un elemento intrínseco de la vida en sociedad, según el periodo de la historia de su desarrollo. La propia cultura testimonia las manifestaciones de un orden seguido por los miembros de una civilización, lo cual puede enmarcarse dentro del ámbito de la costumbre.

3. Fuentes del Derecho

Como punto de partida, podemos señalar que las fuentes del Derecho son aquellas instituciones a través de las cuales es posible establecer lo suyo de cada uno, es decir, lo justo en una situación determinada. Estas herramientas no solamente son de obligatorio cumplimiento para los magistrados¹², sino que deben ser utilizadas por todos los operadores jurídicos a fin de determinar el título que ampara un derecho.

Marcial Rubio Correa señala que la fuente formal de Derecho puede ser entendida como “aquel procedimiento a través del cual se

produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio de Derecho”, pudiendo ser “impuestas legítimamente” a los ciudadanos: la costumbre jurídica, la jurisprudencia, la doctrina, la expresión de voluntad de las personas en lo que no vaya contra el régimen jurídico y la legislación¹³.

Por su parte, Álvaro Zegarra Mulánovich¹⁴ distingue a las fuentes del Derecho entre las inspiradas en el Derecho natural y aquellas que encuentran su sustento en el Derecho positivo, el mismo que tiene como factor de atribución la voluntad humana.

Así, dentro de la expresión de la voluntad humana podemos distinguir entre las fuentes propias y las fuentes impropias, según su capacidad de atribuir o determinar el Derecho. Respecto a las fuentes propias, podemos decir que tienen en común el atribuir un derecho a un individuo, el mismo que encuentra en estas instituciones el título de tal atribución. Como fuentes del Derecho directo tenemos¹⁵:

- a) Ley positiva: entendida como “toda norma positiva formalmente promulgada por la autoridad constituida”. Esta institución se erige como la fuente del Derecho por excelencia, debido a que nace con la intención de regular el comportamiento humano dentro de una sociedad, estableciendo

¹² Ejemplo de la aplicación de las fuentes del Derecho es el Artículo III del Código Procesal Civil, que a la letra señala que: “(…) En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”, así como el artículo 50° de la misma norma, el cual dicta como un deber de los Jueces en el proceso “decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia”; siendo estos preceptos legales expresión del principio *iura novit curia* (“El Juez conoce el Derecho), así como la prohibición del *non liquet*. Nuestra Carta Magna también señala en su artículo 139° que “son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios del derecho y el derecho consuetudinario”.

¹³ RUBIO, Marcial, *La legislación como fuente de Derecho en el Perú*, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 1980, p.3 y p.6.

¹⁴ ZEGARRA, Álvaro, *Descubrir el Derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra, Lima, 2009, pp. 36-37.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 39-40.

supuestos de hecho para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en ellas mismas. Como ejemplos tenemos la Constitución, las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, entre otros.

- b) Acto jurídico: definido como “el medio por el que una persona legitimada, que por regla general será el titular de un derecho, puede disponer íntegramente de él o constituir un derecho derivado del mismo a favor de otra persona”. En otras palabras, son los propios sujetos de derecho que crean entre ellos (o de manera particular) relaciones obligacionales, conformándose títulos para reclamar el cumplimiento de los mismos. Como ejemplos tenemos la promesa unilateral o el testamento como negocio jurídico (actos jurídicos unilaterales) o, por el contrario, un contrato típico o atípico entre dos o más partes.
- c) Costumbre: denominada como una norma jurídica informal, es “una conducta repetidamente observada por la comunidad, bajo la persuasión de cumplir una obligación”, rescatando dos elementos de su concepto, uno “material”, consistente en la repetición física y constante en el tiempo de una determinada conducta; y otro “espiritual”, que implica a la idea o noción de obligatoriedad de la conducta repetida dentro de la sociedad. Un ejemplo es la idea de respetar los turnos en una fila de personas.

La costumbre –según su relación con el ordenamiento jurídico– puede ser *secundum legem* (sigue o complementa a la ley), *praeter legem* (supera a la Ley) y *contra legem* (contradice a la Ley).

Por otro lado, las fuentes impropias o indirectas¹⁶, que no atribuyen directamente derechos, sino que ayudan al juzgador y a los distintos operadores jurídicos a delimitarlos son las siguientes:

- a) Jurisprudencia, que es “la actividad de los jueces para resolver los conflictos acerca de la atribución del derecho y, por extensión, el conjunto de decisiones mediante las cuales han dirimido esos conflictos”. En otras palabras, son los pronunciamientos de los jueces en cada una de sus instancias sobre situaciones con contenido jurídico puestas a su conocimiento. Esta situación es particularmente importante, ya que los diversos pronunciamientos en un sentido determinado a lo largo del tiempo permiten estabilizar los criterios judiciales, dotando a la actividad decisoria de los magistrados de predictibilidad, manifestación del principio de seguridad jurídica.
- b) Equidad, entendida como “la cualidad o virtud que permite corregir lo justo legal (procedente de la ley) mediante lo justo natural, según lo peculiar del caso concreto”. Se constituye, por tanto, en la aplicación (o inaplicación) de una norma jurídica a la luz de una situación específica, a fin de preservar lo justo material frente a una aparente justicia legal que, en el fondo, encierra una injusticia para el afectado.
- c) Doctrina, definida como “el conjunto de conclusiones a las que llega la reflexión de los juristas sobre la realidad jurídica”. La doctrina jurídica es vital para el

¹⁶ Cfr. Ibidem, pp. 40-41.

desarrollo de la ciencia jurídica en cualquiera de sus etapas históricas, debido a que recoge las impresiones, críticas y análisis de los juristas de cada uno de los momentos históricos, sirviendo como apoyo esencial a la labor de los jueces, ampliando y proponiendo nuevos modelos de interpretación de las instituciones jurídicas vigentes al momento de su producción.

Luego de este breve análisis de las fuentes del Derecho, debemos centrar nuestra atención en la que resulta más útil para el objeto de estudio de la presente investigación: la costumbre, ubicada dentro de las fuentes derivadas de la propia naturaleza humana y que es fuente directa del Derecho.

Como hemos enunciado anteriormente, la costumbre se constituye como el comportamiento ordenado y estructurado en el tiempo de los miembros de una sociedad, los cuales consideran obligatorio y esencial para la vida en común el respetar estos preceptos. Este concepto se torna especialmente necesario al adentrarnos en el estudio de sociedades que no contaron con un sistema de escritura como tal, pero que, en sus culturas, encerraron un concepto de ordenamiento que nos permitirá afirmar la existencia del Derecho como tal.

De igual manera, es necesario recalcar que, al no existir un sistema de escritura como el utilizado en las culturas base de los sistemas continental y anglosajón, las fuentes del estudio de la Historia del Derecho de estos pueblos no será una directa o escrita, sino que realizaremos un primer acercamiento a las nociones jurídicas de las culturas preincaicas y al Derecho incaico, a través de la fuente histórica mediata, pero acompañada de la fuente directa del Derecho de la costumbre.

En el siguiente capítulo, abordaremos brevemente la cuestión sobre si se puede afirmar la existencia del Derecho en las culturas preincaicas, así como las dificultades

y particularidades del estudio de la Historia del Derecho de esta parte de la historia del Perú.

II. ¿DERECHO EN LAS CULTURAS PREINCAICAS?

Antes de iniciar con el análisis de los elementos jurídicos presentes en el Imperio Incaico, debemos fijar nuestra mirada en aquellas culturas que los precedieron, a fin de hallar en ellas algún sistema jurídico o noción de él.

Basadre Ayulo señala que el profesor Javier Vargas nos ofrece una respuesta a esta interrogante, afirmando que “existieron obviamente normas mandatorias e irrecusables entre los grupos étnicos anteriores que los incas”; sin embargo, “el historiador y el jurista carecen de fuentes idóneas y puras para su reconstrucción exacta y posterior estudio”¹⁷. Esta afirmación es consecuente con lo afirmado en el acápite anterior, debido a que un sistema de normas obligatorias e irrecusables – aunque no se tenga evidencia escrita de las mismas– son los elementos configuradores de la costumbre como una fuente directa de Derecho y que, unido a las fuentes de la historia, permiten volver a armar la vida cotidiana de una sociedad, así como el comportamiento de sus ciudadanos frente a la misma, lo cual nos acercará a su concepto de Derecho.

Dicho lo anterior, consideramos que, de las culturas preincaicas, merece especial atención el estudio de la Historia del Derecho de la cultura Moche, debido a que, a través de sus expresiones artísticas y religiosas, podemos conocer e interpretar el sentido ordenador de sus manifestaciones.

La cultura Moche (S. I – S. VII d.C.) se encuentra ubicada dentro del periodo Intermedio Temprano o Primer Periodo

¹⁷ BASADRE AYULO, Jorge, *Historia...*, p. 413.

Intermedio, y se caracterizaron por ser maestros ceramistas. Dentro de las representaciones contenidas en sus cerámicas –conocidas como los huacos mochicas– encontramos escenas de la vida diaria, escenas eróticas, bustos retratos, entre otras.

Respecto a su forma de gobierno, Larco Hoyle nos brinda algunos datos reveladores, señalando que:

“Los vestigios de construcciones urbanas y rústicas, la expansión agrícola, los grandes trabajos de irrigación, las obras arquitectónicas monumentales y las redes viales, hablan elocuentemente de una vida organizada, mediante métodos de gobierno ya experimentados y en plena maduración. Además, la presencia de las maravillosas producciones artísticas, nos comprueban que los gobernantes no solamente se dedicaron a la realización de grandes obras materiales, sino que influyeron poderosamente en la difusión de la cultura. En los documentos dejados, encontramos bien definidas las organizaciones militares y las organizaciones culturales”¹⁸.

Dicho esto, es clara la presencia de los dos elementos configuradores de la costumbre, como fuente directa de un sistema jurídico: por un lado, el elemento físico, consistente en la repetición de la conducta a lo largo del tiempo; y, por otro, el elemento espiritual, que no es otra cosa que la concepción de obligatoriedad del comportamiento repetido.

En este orden, los pobladores moche eran una sociedad organizada bajo el mando de un Gran Señor, que suponían que tenía un origen divino. Así, el líder ordenaba a la población y a sus diferentes estamentos, a fin de asegurar los recursos para la supervivencia de la sociedad, contar con una fuerza militar

organizada en caso de conflicto con otras culturas y organizar la adoración de sus dioses, siendo el principal Ai Apaec. Consideramos que esta es la muestra incipiente de la presencia de lo que actualmente denominamos Derecho administrativo y Derecho tributario; este último se devela a través del tributo a la autoridad político-religiosa a modo de ofrenda, en un sentido comunitario de la propiedad.

Además, a través de sus cerámicos y pinturas es posible apreciar escenificaciones de guerras, rituales y ceremonias después de la victoria en la batalla, y el destino de los vencidos, hechos prisioneros. Además, es posible ver los castigos que recibían los infractores a las leyes del Gran Señor. Larco Hoyle nos cuenta que los moches eran:

“Severos y despiadados en la imposición de la justicia, castigaban a los delincuentes mutilándolos; cortábanles (sic) el labio superior, la nariz y los pies. En los casos graves, como en el del adulterio, los desnudaban, les desollaban la cara cuando aún estaban vivos y luego de apedrearlos hasta darles muerte, abandonaban sus cuerpos a la voracidad de las aves de rapiña. Estas sanciones las realizaban con gran aparato y en público, infundiendo así terror y doloroso correctivo a las costumbres de la época.

Estimulando a su pueblo por un lado y castigando con severidad todas las faltas, el gobierno mochica, dinástico, teocrático y omnipotente, forjó, al calor de una fe robusta y bien orientada, esta civilización que es hoy orgullo

¹⁸ LARCO HOYLE, Rafael, *Los Mochicas (PRE-CHIMU, de Uhle y EARLY CHIMU, de Kroeber)*, Sociedad Geográfica Americana, Buenos Aires, 1945, p.22 [Disponible en: <https://www.museolarco.org/wp-content/uploads/2017/04/Los-Mochicas-1945.pdf>] (revisado el 18.06.2021)

nuestro pasado prehistórico”¹⁹.

El doctor Jorge Basadre Ayulo profundiza en la concepción del castigo y sacrificio, precisando que:

“El sacrificio por degollamiento no fue el único practicado. Diversas piezas cerámicas revelan que los prisioneros eran despeñados desde los picos de las montañas, otros eran conducidos en balsas de totora y decapitados o desmembrados en las islas guaneras ubicadas frente a la costa norte, o arrojados en los islotes sin alimentos para subsistir. La mayoría de los sacrificios humanos, sin embargo, consistía en un lento y minucioso desangramiento del prisionero. Para tal efecto, un sacerdote hacía una perforación en el cuello de la víctima y le insertaba un tubo, de hueso o metal, de donde se vertía la preciosa sangre del enemigo. Esta era cuidadosamente recogida en copas ceremoniales para posteriormente ser presentada generalmente por una sacerdotisa al soberano que la bebía, mientras el prisionero fallecía desangrado”²⁰.

La interpretación historiográfica de estos dos autores sobre los objetos histórico-jurídicos y las solemnidades que constituyen fuentes gráficas y secundarias nos facilitan conocer el sentido del castigo dentro de la cultura Moche, la cual utilizó distintos elementos punitivos como vías para reforzar comportamientos considerados correctos dentro de la sociedad e infundir en sus pobladores el temor al castigo en caso de contravenir dichos postulados. Al ocurrir el quebrantamiento de una norma jurídica escrita o no (supuesto de hecho) emitida por una persona considerada autoridad (el Gran

Señor) y, al prever un castigo (que no es otra cosa que la consecuencia jurídica de la norma), se puede apreciar en pureza la presencia de lo que actualmente conocemos como Derecho penal en la sociedad moche con las precisiones ya realizadas en líneas anteriores.

Conforme hemos analizado, qué duda cabe respecto a la presencia de elementos configuradores del Derecho en la cultura más representativa del Intermedio Temprano; los mismos que, aunque no pueden ser conocidos directamente, son revelados por los vestigios de esta sociedad, convertidos en fuente histórico-jurídicos. En las sociedades preincaicas, la costumbre se erige como principal fuente del Derecho y ayudó a que los pobladores conciban la idea de ser parte de un grupo social determinado dentro del pueblo moche y que, a su vez, dicha sociedad es una cultura distinta a los demás pueblos que los rodeaban, desarrollando el sentido de pertenencia y de lazos comunes con los miembros de su misma comunidad. En definitiva, la costumbre, como fuente de Derecho, sirvió como un elemento unificador dentro de la cultura Moche.

Todo lo afirmado hasta el momento nos permite concluir que la escrituralidad no es un elemento definitorio o característico para la existencia o no del Derecho en una sociedad, toda vez que las manifestaciones del sentir y del comportamiento de una población se pueden expresar de distintas maneras, quedando en ellas recogidas el sentido de las normas que poseían; siendo labor del *iushistoriador* reconstruir en lo posible el sistema jurídico presente en aquella comunidad. Esta situación será más notoria en el siguiente capítulo, en el cual desarrollaremos algunos alcances del Derecho incaico, etapa culmen del Derecho prehispánico como tal²¹.

¹⁹ LARCO HOYLE, Rafael, *Los Mochicas*, p.24

²⁰ BASADRE AYULO, Jorge, *Historia...*, p. 417.

²¹ A partir de la Conquista por parte del hombre europeo, ocurre una transformación del sistema jurídico del Imperio Incaico, convertido posteriormente en el Virreinato del Perú. Al respecto, el profesor Jorge Rosales señala – entre los modos de modificación del Derecho – los siguientes fenómenos: Adaptación (actualizar normas anteriores al contexto actual), Recepción (tomar normas extranjeras y adaptarlas al ordenamiento peruano),

III. EL DERECHO INCAICO

Después de haber conceptualizado las fuentes de la Historia del Derecho y su significado y estudiado y dado evidencia de la presencia de un sistema jurídico que regía la vida de los pobladores moche, toca adentrarnos a analizar el objeto de la presente investigación.

Así, en primer lugar, debemos señalar que el Imperio Incaico histórico se encuentra ubicado en el Tercer Horizonte u Horizonte tardío, comprendido entre los años 1438 a 1532 d.C. El profesor Óscar Ferreiro nos cuenta que:

“El Tahuantinsuyo o Imperio Incaico se extendía por un vasto territorio que en la actualidad comprendería: Perú, Ecuador, Bolivia, Chile, Argentina y sur de Colombia. Los incas, a través de sus conquistas, formaron el imperio que dividieron el cuatro regiones llamadas *suyos*: el *Andesuyo* (noreste), el *Collasuyo* (sureste), el *Condesuyo* (suroeste) y el *Chinchaysuyo* (noroeste)²²”.

En cuanto a la sociedad incaica, existe en el Imperio Incaico, Basadre Ayulo enumera los elementos de la pirámide social:

- a) El monarca soberano absoluto inca o “sapallan inca”, jefe político o religioso. Era rey o emperador e hijo del Sol, refiriéndose a su ascendencia directa, y junto a él estaba la “coya” o mujer legítima del inca, así como la “gran familia” de este, unidos por el vínculo de sangre entre sus miembros, la nobleza local o regional de casta alta o de

abolengo, y la conferida por título honorífico como premio o reconocimiento ante una gesta guerrera de carácter heroico;

- b) Los administradores, los sacerdotes, los militares.
- c) Los agricultores, los simples soldados, los artesanos, los servidores que formaban la “masa popular”
- d) Los tributarios, que eran hombres “comunes” o “*llactarunas*”, los *mitimaes* (“*mitimac*”), los “*yanaconas*” (*yanacunas*), las “*acllas*”;
- e) Los “*hanan*” y los “*hurin*”;
- f) Los miembros de las diferentes tribus o ayllus con el signo distintivo especial en la vestimenta que los diferenciaba de los demás.

La diferencia de las personas físicas por razón de su edad, tanto en los hombres como en las mujeres, también ocasionó distingos dentro de la convivencia social del inca²³.

Con estas notas introductorias, debemos dar un paso más adelante, explicando las razones que nos permiten concluir la existencia del Derecho dentro de la sociedad incaica.

1. Razones para afirmar su existencia

La existencia del Derecho incaico no es un asunto pacífico dentro de la discusión *ius*

Creación de normas, Analogías entre norma nacional – norma extranjera y la Concesión o Imposición, en donde un pueblo impone su derecho a otro; este último modo fue el que acaeció en los primeros años de la Conquista, con la imposición del Derecho Castellano. [ROSALES, Jorge, *La transformación del Derecho*, Apuntes del curso de Historia del Derecho, Universidad de Piura, Piura, 2012]

²² FERREIRO, Óscar, El destino del Tahuantinsuyo en manos de un intérprete, en: *Mutatis Mutandis: Revista Latinoamericana de Traducción*, ISSN-e 2011-799X, Vol. 6, Nº. 1, 2013 (Ejemplar dedicado a: El papel del traductor y del intérprete en la historia iberoamericana general y cultural), págs. 96-112. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5012603> (revisado el 20.06.2021)

²³ BASADRE AYULO, Jorge, *Historia...*, pp. 422-423.

histórica, debido a las dificultades del estudio y reconstrucción del mismo. En esta línea, John Henry Wigmore, insigne historiador del Derecho estadounidense y profesor en la Universidad de Northwestern, no incluyó en su libro “A Panorama of the World’s Legal Systems” –libro en el que hace un estudio comprensivo de los sistemas jurídicos presentes a través de la Historia-, a ningún sistema precolombino –incluido el incaico– por tres razones:

- a) Los incas no tuvieron escritura, por lo que es imposible conocer su sistema debido a la ausencia de fuentes escritas,
- b) Lo poco que se ha podido reconstruir sobre el Derecho incaico ha sido gracias a los escritos realizados por los conquistadores españoles, quienes para Wigmore no son dignos de crédito, en especial en materia jurídica; y
- c) Los datos y versiones existentes sobre el Derecho incaico son incompletos y, por eso, no podemos reconstruirlo²⁴.

Además, en su artículo “Algunos Sistemas Jurídicos Desaparecidos”, Wigmore señala que:

El tercer grupo –ubicado en los Andes– entró en una etapa organizada alrededor de los 700 d.C. y estuvo más adelantada a los Mayas en organización gubernamental y en una administración sistemática, alcanzando gran desarrollo para el

siglo XVI, al tiempo de la llegada de los españoles. Pero, su sistema de resguardo de información – consistente en nudos de colores atados en cuerdas– no fue escrito. La totalidad de sus materiales fueron destruidos en la conquista, siendo las observaciones de los conquistadores nuestra única fuente de información. La data arqueológica que sobrevive es abundante e indica un desarrollo gradual hacia formas avanzadas durante un milenio o más. Así, es probable que si su desarrollo social no hubiese sido interrumpido en el siglo XVI, hubiesen podido inventar un verdadero sistema de escritura, así como desarrollar un sistema legal digno de comparación con aquellos existentes en Asia y Europa. Pero, al momento de la conquista, su Estado estaba desorganizado, en una lucha fratricida, lo cual podría indicar (junto a otras evidencias) que esta población llegó al apogeo de sus posibilidades sociales²⁵.

Por parte de la doctrina nacional, el profesor Francisco del Solar indica que:

“Por otro lado, siguiendo a Von Stammler y otros juristas, antropólogos y etnohistoriadores podemos apuntar, por ejemplo, que en el Estado Inca o del Tahuantinsuyo hubo sociedad y, por lo tanto, también un orden,

²⁴ WIGMORE, John, *A Panorama of the World’s Legal Systems*, West Publishing Company, EEUU, 1928; citado por ROSALES, Jorge, *La transformación del Derecho*, Apuntes del curso de Historia del Derecho, Universidad de Piura, Piura, 2012.

²⁵ WIGMORE, John, *Some Legal Systems That Have Disappeared*, en: Louisiana Law Review Vol. 2 Num. 1, Louisiana, 1939, pp. 17-18. Traducción hecha por el autor de la presente investigación. Texto Original: The third group-the Andean-coming into a well-organized stage by (say) A.D. 700, went far beyond the Mayas in governmental organization and in systematic administration, reaching a gradually high development by the 1500s, at the time of the Spaniards’ arrival. But their recording system-that of colored knots on strings-had not become a script. Its materials were all destroyed under the Conquest, and the conquerors observations are our only source of information. The archaeological data that remain are copious, and indicate a gradual development of higher forms during a thousand years or more. So it seems probable, and we may like to believe, that their social development had not become arrested by the 1500s, and that if left alone they would have gone on to invent a genuine script, and to develop a system of legal institutions worthy of comparison with some of those of Asia and Europe. But at the time of the Conquest their State was in a disorganized condition of internecine dynastic quarrels, and this may indicate (as in other instances) that they had reached the apogee of their social possibilities.

pero fue carente de juridicidad, habida de que los incas o quechuas no lograron consolidar una unidad y mucho menos desarrollar una madurez de conciencia jurídica, ora porque les faltó tiempo para la integración buscada, ya que fueron conquistados a los escasos 250 o 300 años de haber aparecido en el mundo andino, esto es, circa, finales del siglo XII o inicios del XIII hasta 1532 (...)

(...)

En efecto, esta [la falta de fuentes directas] es una de las razones por las que resulta más complejo hacer historia del derecho de pueblos primitivos que carecieron de escritura y cuyas costumbres morales no son muy o nada diáfanas para distinguirlas de algunas normas pre jurídicas o formas de regulación y control social eficaces. Ejemplo, de ello, lo tenemos en las culturas ágrafas, máxime, en los *incas* o “civilización incaica”, por lo que hoy se puede sostener que no hubo “derecho inca” (...)²⁶

Finalmente, Francisco del Solar señala que:

“Desde hace más de 15 años estamos en condiciones de afirmar que no existió el derecho incaico. Sin embargo, aprendices de historiadores jurídicos siguen repitiendo, irresponsablemente, lo contrario (...)

(...)

No hubo propiamente derecho incaico, empero sí un conjunto de normas de regulación y control social y económica que bien pueden constituir un pre-derecho (derecho primitivo) En este sentido, los incas

estaban en camino de tener su derecho, como lo habían logrado, primero, los mesopotámicos y, después, los romanos”²⁷.

Habiendo esbozado los principales argumentos que se oponen a la existencia del Derecho Incaico en su totalidad, o lo reducen a convertirlo simplemente en un pre derecho o derecho primitivo, a continuación, analizaremos las tres afirmaciones realizadas por Wigmore y la conclusión del profesor del Solar.

Los incas no tuvieron escritura

Como hemos sostenido en acápites anteriores, la escrituralidad no es un elemento definitorio para la presencia o no de elementos jurídicos dentro de una sociedad; en ese sentido, no es posible –ni sensato– reducir las fuentes del Derecho a una ley escrita o a una sentencia dictada, firmada y archivada por un juez, sino que es necesario comprender que las fuentes del Derecho se complementan entre sí, sirviendo como herramientas de interpretación para una realidad o hecho con contenido jurídico y poder determinar lo justo en cada situación, y no simplemente servir de acompañamiento a la ley. Este reduccionismo solo trae como consecuencia la negación del Derecho en las comunidades nativas y ancestrales, en donde el Derecho consuetudinario se encuentra plenamente reconocido, según el tipo de costumbre alegada, y es fuente primaria para la resolución de conflictos entre miembros de una misma localidad. Por tanto, es claro que la noción de escritura como elemento fundamental para el estudio de un sistema jurídico no es solamente una visión parcializada dentro de la Historia del Derecho y del manejo de las fuentes, sino que es negacionista a realidades que, actualmente, acaecen en

²⁶ DEL SOLAR, Francisco, *Historia General del Derecho*, Editorial Iustitia S.A.C., Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2012, pp. 39, 284.

²⁷ DEL SOLAR, Francisco, *Historia del Derecho Peruano: no hubo Derecho Inca*, en: Jurídica (Suplemento Legal del Diario Oficial el Peruano” N° 225, Diario El Peruano, 18.11.2008. Disponible también en: <http://francisojosedelsolar.blogspot.com/2009/03/> (revisado el 20.06.2021).

nuestro territorio nacional²⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos mencionar que existen elementos mnemotécnicos que dan testimonio sobre distintos aspectos de la vida en el Imperio Incaico, siendo el más resaltante el quipu, definido como “un antiguo instrumento andino de registro de la información universalmente asociado con los incas, quienes se valieron de él para llevar la contabilidad administrativa de su vasto imperio multiétnico y mantener la memoria de sus historias dinásticas” o como un “instrumento de registro de información en material textil con nudos usados por los Incas”²⁹.

Por su parte, Garcilaso de la Vega describió a los quipus como:

“(…) ñudos, dados en diferentes hilos de diversos colores, que iban puestos por su orden, mas no siempre de una misma manera, sino unas veces antepuesto el color al otro, y otras veces trocados al revés; y esta manera de recaudos eran cifras, por las cuales se entendían el Inca y sus gobernadores, para lo que había de hacer, y los ñudos y los colores de los hilos significaban el número de gente, armas o vestidos, o bastimento, o cualquiera otra cosa que se hubiese de hacer, enviar o aprestar”³⁰.

El quipu era utilizado mayormente para realizar cuentas –a través de los nudos

ubicados en distintas partes de una cuerda parte del instrumento–, así como para guardar memoria de distintos acontecimientos, desde guerras hasta leyes, y cuyo contenido era trasladado del instrumento al oyente mediante un intérprete, conocido como quipucamayoc.

Apoya esta versión Fray Martín de Murua, quien en su libro “Historia del Origen y Genealogía real de los Reyes Incas del Perú” nos cuenta que:

“(…) también suelen traer otros cordeles de cuentas y quipus de cosas pasadas de sus incas y de sus leyes y gobierno y hazañas que cada uno hacía, así en las conquistas como en las guerras, y en todas las demás cosas de sus antepasados, los reyes e incas de este reino y de sus descendencias y de las naciones porque hay gran suma de ellos con diferente lengua, conforme se usa y es costumbre en cada tierra, parcialidad o provincia... todo lo tenían puesto con mucho orden y concierto en sus quipus y cuerdas, por donde ellos entendían con la facilidad que nosotros en nuestra lengua con nuestro papel y tinta (...)”³¹.

Sin embargo, aún no se ha podido descifrar la información que contienen estos elementos mnemotécnicos, ni la forma de interpretación de los mismos, lo cual no significa que no haya habido

²⁸ En este punto es necesario señalar que el artículo 149° de la Constitución Política del Perú señala, sobre el ejercicio de la función jurisdiccional por la comunidades campesinas y nativas que: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

²⁹ CURATOLA, Marco y DE LA PUENTE, José, *Estudios y materiales sobre el uso de los quipus en el mundo andino colonial*, en: CURATOLA, Marco y DE LA PUENTE, José, (ed.), *El Quipu colonial. Estudios y materiales*, Colección de Estudios Andinos 12, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p.9.

³⁰ DE LA VEGA, Garcilaso, *Comentarios Reales*, Lisboa: Santa Inquisición, 1609, p.279; citado por: PEREIRA-GONZÁLEZ, Luz. Y BATALLAS-BERDÓN, Bolívar, *Hacia una perspectiva etnomatemática del quipu incaico como puente entre el sistema contable y la escritura*, en: *Revista Latinoamericana de Etnomatemática*, Vol. 12 Num.2, Universidad de Nariño, San Juan de Pasto, p. 65. Disponible en: <https://www.revista.etnomatematica.org/index.php/RevLatEm/article/view/503> (revisado el 20.06.2021).

³¹ MURÚA, Martín, *Historia del origen y genealogía real de los Reyes Incas del Perú*, 1616; citado por: TORD, Luis, *El último quipucamayoc*, Revista Lienzo, Núm. 019, Universidad de Lima, 1998, p.141. Disponible en: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lienzo/article/view/1624> (revisado el 20.06.2021).

formas de resguardar la información en la cultura inca.

El conocimiento del Derecho incaico es solo a través de cronistas españoles

La afirmación de Wigmore al respecto es imprecisa, debido a que existen cronistas de la época no solamente españoles, sino, también, indígenas y mestizos.

En el primer grupo, se encuentran cronistas como Fray Martín de Murúa, Pedro Cieza de León o Juan de Betanzos; mientras que, el segundo grupo se encuentra conformado por personajes como Guamán Poma de Ayala y Juan de Santa Cruz, y cronistas mestizos como emblema al Inca Garcilaso de la Vega y a Blas Valera³².

Podemos observar que, para la reconstrucción de la Historia del Imperio Incaico –y su sistema jurídico–, no solo constituye fuente la crónica española, sino que podemos conocer las distintas perspectivas de la vida en el Incanato a través de las narraciones de los cronistas indígenas y mestizos. Es importante aclarar en este punto que las crónicas deben ser examinadas no solamente como la narración en sí, sino que deben ser leídas e interpretadas a la luz de sus autores: estudios, oficios, condición social, su conexión con el territorio incaico, entre otras características; así como que las mismas deben ser sometidas a crítica, como se explicará en el siguiente punto.

Dicho esto, el trabajo y el análisis de las crónicas y de las demás fuentes de la Historia del Derecho Incaico deben ser materia de crítica en sus dos aspectos: la crítica externa o de autenticidad –consistente en confirmar que el documento sea original y no una falsificación realizada, es decir, una revisión formal de la misma– y la crítica externa o de

verosimilitud, la cual consiste en revisar el contenido de la fuente, a fin de comprobar la veracidad de lo consignado en ella. En otras palabras, las Crónicas no son –ni deben– ser tomadas como fuente única de conocimiento sobre el Derecho incaico sin haber pasado por ambos métodos de crítica y el cotejo de fuentes, tal como veremos a continuación.

Los datos y versiones existentes sobre el Derecho incaico son incompletos e inexactos

Este aparente obstáculo es el más discutible de los alegados por el profesor Wigmore, debido a que entraña directamente al oficio y a la labor del historiador. Así, el profesor Marc Bloc en su libro “Apología a la Historia” responde esta objeción, señalando que:

“Sería una gran ilusión imaginarse que a cada problema histórico responde un tipo único de documentos, especializado en ese empleo. Al contrario, cuanto más se empeña la investigación en llegar a los hechos profundos, menos se le permite esperar la luz sino por rayos convergentes de testimonios de naturaleza muy diversa. ¿Qué historiador de las religiones quisiera conformarse con consultar tratados de teología o recopilaciones de himnos? (...) Así como del examen de las crónicas o de las cartas pueblas (...). Para entender las sociedades de hoy, ¿quién cree que basta la lectura detenida de los debates parlamentarios o de las piezas de cancillería? ¿No se debe también saber interpretar un balance

³² Para profundizar sobre las distintas clasificaciones de los cronistas, se recomienda PORRAS, Raúl, *los cronistas de la Conquista*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1933, disponible en: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/52730/cronistas_conquista.pdf?sequence=1&isAllowed=y (revisado el 20.06.2021).

bancario, texto más hermético para el profano que muchos jeroglíficos?”³³.

El trabajo del historiador no consiste en repetir a rajatabla lo que la fuente primaria con la que trabaja dice; y que en caso no pueda conseguir mayor información de lo que dicha fuente aparentemente dice negar enfáticamente lo que no puede directamente comprobar o sencillamente decretar que esa parte de la historia está perdida o “no existe”. La labor del historiador implica mucho más, como la crítica y el cotejo de la fuente que se analiza con otras fuentes de distinto tipo, para así obtener una mayor cantidad de información sobre el hecho histórico investigado; pero, a la vez, siendo esta información más segura, por cuanto ha sido comparada con data obtenida mediante el trabajo de otro tipo de fuente.

Pero, no solamente es necesario el cotejo y la crítica de la fuente. La Historia y su interdisciplinariedad brinda al *ius* historiador distintas herramientas a fin de auxiliarlo en su tarea de reconstruir el sistema, hecho o institución jurídica objeto de su estudio: así, se servirá de la Geografía para delimitar la dimensión territorial del estudio; de la Etnología para entender el desarrollo de la cultura estudiada; de la Psicología y la Historia de las mentalidades, a fin de comprender la cosmovisión e idiosincrasia de la sociedad objeto de estudio. Dicho esto, es claro que el trabajo del historiador va mucho más allá de “mirar la fuente” y descifrarla superficialmente.

Sobre las críticas del profesor Francisco del Solar

Finalmente, respecto a las afirmaciones realizadas por el profesor del Solar debemos aclarar lo siguiente:

En primer lugar, el autor no toma en cuenta el carácter de la costumbre como fuente reguladora de conductas sociales, es decir, se

ignora su naturaleza de fuente del Derecho, independientemente de la noción de “unidad” que este jurista señala que carecían los Incas.

De seguirse la línea propuesta por el profesor Del Solar, estaríamos negando la existencia de la justicia comunitaria que se imparte en las comunidades campesinas y milenarias, o el Derecho tribal, reconocido en instrumentos internacionales, como el Convenio 169, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, cuyo artículo 8° señala que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario.

2. Dichas pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio³⁴.

Por lo que queda claro que –incluso utilizando criterios modernos como el Derecho de los tratados– la costumbre se erige como una institución que da señales de la existencia de un ordenamiento jurídico; en este caso, alrededor de la figura del Inca como gobernante y divinidad.

Respecto a la falta de fuentes directas, ya hemos señalado que estas no son los únicos instrumentos disponibles para

³³ BLOC, Marc, *Apología para la historia o el oficio del historiador*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001, p.88.

³⁴ Convenio 169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 07 de junio de 1989, Parte I, artículo 8°. Este Convenio se encuentra ratificado por el Estado Peruano, y entró en vigor desde el 02 de febrero de 1994.

reconstruir o aproximarse al conocimiento del sistema jurídico de una sociedad. En el caso del Derecho Incaico, las crónicas no son (o no deberían ser) la fuente exclusiva para su estudio, sino que deben tomarse en consideración otros tipos, como lo son las causas civiles o penales en el virreinato seguidas por o contra indígenas, los cuales invocaban al derecho de sus antepasados; las memorias de los virreyes o de los visitantes que pudiesen brindar algún acercamiento; e, incluso, algunas normas indianas dictadas en los primeros momentos de la etapa virreinal, como la que podemos encontrar en la Recopilación de Leyes de Indias de 1600, cuerpo normativo que señala lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianas, y que no le encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y se ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos (...) no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estamentos suyos”³⁵.

Denominar a la normativa incaica como “pre-derecho” o “derecho primitivo” resulta algo poco más que injusto, ya que como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, la presencia del Derecho en el Imperio Incaico fue constante, empero sus pocos años de existencia. El Derecho incaico no es un germen de derecho o el un sistema rústico de normas, debido a que fue autónomo; y tuvo inspiración en las culturas preincaicas a la par de servir de inspiración para la normativa indiana, como hemos observado en líneas anteriores.

Es claro, por tanto, que, aunque no se tenga fuente directa para investigar el sistema jurídico incaico, la diversidad de fuentes indirectas permite concluir razonablemente la existencia del derecho en esta sociedad, siendo que la justificación de que el Imperio Incaico fue una “cultura ágrafa” deviene en reduccionista y parcializada. Dicho esto, nos encontramos totalmente en desacuerdo con las posturas expresadas por los autores John Wigmore y Francisco del Solar; debido a que sus conclusiones minimizan el carácter jurídico y la presencia del Derecho dentro del Imperio Incaico, además de ignorar una de las manifestaciones de la vida del poblador inca que el día de hoy tiene relevancia jurídica, como lo decreta el artículo 139° de nuestra Constitución y los Tratados propios del Derecho Internacional Público.

Llegados a este punto, debemos hacer hincapié en las dificultades que supone en estudio del Derecho incaico a través de un trabajo en paralelo entre fuentes e historiografía, debido a la falta de una visión unívoca del Derecho inca. Jorge Rosales³⁶ engloba tres obstáculos:

1. Versiones encontradas que se pueden prestar a equívocos
2. Explicar la existencia de las instituciones incaicas como un reflejo de las instituciones españolas
3. Juzgar a las instituciones incaicas bajo un criterio cristiano y occidental

Al estudiar el Derecho inca, debemos evitar cometer los tres errores enunciados, tomando en consideración que el *ius* historiador cuenta con distintas herramientas para el trabajo y manejo de

³⁵ Nueva Recopilación de Leyes de Indias, Libro II Título I, Ley iiiii. “Que le guarden las leyes que los Indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que se hicieren de nuevo”. Disponible en: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyIndia/0102001.pdf> (revisado el 25.06.2021)

³⁶ ROSALES, Jorge, *Horizonte Tardío o Imperio Incaico Histórico*, Apuntes del curso de Historia del Derecho, Universidad de Piura, Piura, 2012.

fuentes (a fin de realizar el cotejo y las críticas de tales); así como recordar que las instituciones incaicas deben ser analizadas dentro del propio contexto social de la época (a través del apoyo de las ciencias hermanas, demostrando la interdisciplinariedad de la Historia), lo cual debe llevarnos a comprender que las instituciones como el "servinakuy" o "matrimonio a prueba" o el encierro de delincuentes no pertenecientes a la nobleza en el *sancayhuasi* o en sí todo el derecho punitivo incaico; no son una "barbarie" o un "pecado", son simplemente la expresión de sistema que existió en un determinado momento; y que para los actores del mismo suponía una situación totalmente comprensible. Dicho esto, el historiador –ni cualquier otro estudioso– debe juzgar el pasado con los ojos del presente, puesto que las circunstancias entre uno y otro difieren totalmente.

Finalmente, cabe hacernos una pregunta final: ¿existió el Derecho inca? El profesor Basadre Ayulo señala que:

“Pero si tuvieron un sistema de convivencia social que dio lugar a su diferenciación con las normas morales, religiones y que la costumbre ha reemplazado al Derecho. Esta afirmación no es cierta. Los incas tuvieron un Estado despótico, a la manera oriental. Aparecieron reglas indiferentes a la moralidad o a la religión cuando el régimen tributario queda organizado en grupos de 100, 500 o 1000 que si tiene que ver con lo obligatorio.

De otro lado la línea que separa la juridicidad y la costumbre en las medidas antiguas es muy elástica (...).

La escritura penal inca no puede identificarse con la religión ni con la moral. Existió un castigo férreo contra el delito, así como la sanción primitiva”.

Aunque el doctor Jorge Basadre Ayulo no da una respuesta definitiva a esta interrogante, nosotros consideramos que sí existió el

Derecho inca, no solo manifestado a través de las crónicas, sino a través de las demás fuentes de la Historia del Derecho. Resulta hasta cierto punto inverosímil pensar que una sociedad como el Imperio Incaico estuvo regulado simplemente con normas primitivas y sin ningún sentido de orden o por lo menos la noción de obligatoriedad del cumplimiento de la norma, sea por una razón política (temor al castigo del gobernante) o una de índole religiosa (respeto y devoción hacia la figura del Inca como Hijo del Sol). En definitiva, el derecho incaico es un sistema jurídico que físicamente desapareció, pero pervivió durante la etapa virreinal, para posteriormente relucir la influencia de sus instituciones en la etapa republicana y el Derecho actual.

IV. COMENTARIOS Y REFLEXIONES FINALES

Indudablemente, el Derecho prehispánico es el tema de la Historia del Derecho peruano más misterioso, debido a la falta de fuentes directas que permitan afirmar rotundamente su existencia. Sin embargo, tal como hemos explicado, la falta de fuentes directas no puede ser un obstáculo para el ius historiador en su afán de estudiar los sistemas jurídicos o la noción de derecho que pudieron tener los antiguos peruanos. El estudioso de la Historia del Derecho debe ir más allá de la propia fuente y realizar el trabajo de crítica y cotejo de la misma, para contrastar y extraer los datos verdaderamente útiles que permitan revelar más aspectos de la institución que se encuentre estudiando. Es verdad que el estudio histórico-jurídico de esta etapa del Derecho peruano es complicado, pero no quiere decir que, por el hecho de serlo, deba ser ignorada u obviada dentro del propio panorama de la Historia del Derecho de nuestro país.

Así, el historiador del derecho debe tomar en consideración –al momento de la evaluación de su objeto de estudio– no

solamente los criterios históricos, sino, también, las instituciones que inspiran y dan cuenta de la existencia de un sistema jurídico entendible como de obligatorio cumplimiento para una determinada sociedad. Para el estudio de las instituciones jurídicas presentes en las culturas preincaicas, se debe realizar un trabajo de análisis de fuentes primarias y gráficas, como lo son los huacos, fardos funerarios, monumentos, entre otros. En cambio, para el estudio del Derecho inca, si bien es cierto se cuenta con una fuente indirecta o mediata escrita –las crónicas–, tampoco se puede dejar de lado realizar un cotejo con otro tipo de fuentes indirectas, como lo son las causas civiles o penales de indios en el virreinato, las memorias de virreyes o cualquier otro documento histórico que permita conocer más acerca de la forma de entender el Derecho de los incas, al menos mientras que la fuente primaria por excelencia –el quipu– aún no sea descifrado en su contenido e interpretación.

Ninguna fuente histórica –al menos en la Historia del Derecho prehispánico– debe ser considerada unívoca, siendo necesario realizar el trabajo de crítica externa e interna para posteriormente cotejarla. La vida de una sociedad no solamente puede ser observada y estudiada mediante sus leyes en estricto, sino, también, a través de sus manifestaciones culturales, erigidas como fuentes históricas: danzas, cuentos, leyendas, folklore, entre otros. Dicho esto, se concluye que la escritura no es un criterio definitorio para determinar la existencia o no del derecho dentro de una sociedad, sino que es trabajo del historiador, con el manejo adecuado de las fuentes histórico–jurídicas, el investigar si es posible hablar de Derecho o no, dentro de las sociedades prehispánicas.

Nos encontramos plenamente en desacuerdo con lo argüido por John Wigmore y Francisco del Solar, toda vez que presentan una visión incompleta y minimalista de todo el panorama del desarrollo del Imperio Incaico y la supervivencia de su sistema jurídico a través del tiempo. El derecho no siempre es

la ley, como hemos visto, sino que se puede conocer a través de otro tipo de fuentes, como lo es la costumbre. El sentido de obligatoriedad y la repetición material de la conducta dotan de juridicidad al acto reputado como costumbre; y se presenta como una verdadera fuente de Derecho.

Por tanto, concluimos que sí es posible hablar de Derecho prehispánico dentro de la Historia del Derecho peruano; y, en especial, del Derecho inca. Consideramos vital para este bicentenario revalorizar esta etapa de nuestra historia, con el fin de poder comprender las raíces de nuestro sistema jurídico y el impacto de estas en el Derecho actual. No olvidemos que la historia de nuestro país es una sola y es necesaria su total comprensión; ya que de esta manera podremos –en palabras de Jorge Basadre Grohmann– “conocer el pasado, para comprender el presente, y proyectarnos hacia un futuro mejor”.

V. BIBLIOGRAFIA

- BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del Derecho Universal y Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2011.
- BLOC, Marc, Apología para la historia o el oficio del historiador, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001.
- Convenio 169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 07 de junio de 1989.
- CURATOLA, Marco y DE LA PUENTE, José, Estudios y materiales sobre el uso de los quipus en el mundo andino colonial, en: CURATOLA, Marco y DE LA PUENTE, José, (ed.), *El Quipu colonial. Estudios y materiales*, Colección de Estudios Andinos 12, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.
- DEL SOLAR, Francisco, *Historia General del Derecho*, Editorial Iustitia S.A.C., Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2012.
- *Historia del Derecho Peruano: no hubo Derecho Inca*”, en: *Jurídica (Suplemento Legal del Diario Oficial el Peruano*” N° 225, *Diario El Peruano*, 18.11.2008. Disponible también en: <http://franciscojosedelsolar.blogspot.com/2009/03/> (revisado el 20.06.2021).
- FERREIRO, Óscar, El destino del Tahuantinsuyo en manos de un intérprete, en: *Mutatis Mutandis: Revista Latinoamericana de Traducción*, ISSN-e 2011-799X, Vol. 6, N° 1, 2013 (Ejemplar dedicado a: El papel del traductor y del intérprete en la historia iberoamericana general y cultural). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5012603> (revisado el 20.06.2021).
- GONZÁLES, María, *Historia del Derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- GUERRA, Cristina, *Modelos epistemológicos y metodológicos en el desarrollo de la Historia*, Universidad Nacional de Luján, Buenos Aires, (sin fecha), disponible en <https://www.rua.unam.mx/portal/recursos/ficha/72088/modelos-epistemologicos-y-metodologicos-en-el-desarrollo-de-la-historia> (revisado el 24.05.2021)
- LARCO HOYLE, Rafael, *Los Mochicas (PRE-CHIMU, de Uhle y EARLY CHIMU, de Kroeber)*, Sociedad Geográfica Americana, Buenos Aires, 1945, p.22 [Disponible en: <https://www.museolarco.org/wp-content/uploads/2017/04/Los-Mochicas-1945.pdf>] (revisado el 18.06.2021)
- MARTIRÉ, Eduardo, *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977.
- Nueva Recopilación de Leyes de Indias. Disponible en: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyIndia/0102001.pdf> (revisado el 25.06.2021)
- PEREIRA-GONZÁLEZ, Luz. y BATALLAS-BERDÓN, Bolívar, Hacia una perspectiva etnomatemática del quipu incaico como puente entre el sistema contable y la escritura, en: *Revista Latinoamericana de Etnomatemática*, Vol. 12 Num.2, Universidad de Nariño, San Juan de Pasto. Disponible en: <https://www.revista.etnomatematica.org/index.php/RevLatEm/article/view/503> (revisado el 20.06.2021).
- Perú, Código Civil, 1984.
- Perú, Código Procesal Civil, 1993.
- Perú, Constitución Política, 1993.
- PORRAS, Raúl, *los cronistas de la Conquista*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1933, disponible en: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/52730/cronistas_conquista.pdf?sequence=1&isAllowed=y (revisado el 20.06.2021).
- ROSALES, Jorge, *Apuntes del curso de Historia del Derecho*, Universidad de Piura, Piura, 2012.
- RUBIO, Marcial, *La legislación como fuente de Derecho en el Perú*, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 1980.
- TORD, Luis, El último quipucamayoc, *Revista Lienzo*, Núm. 019, Universidad de Lima, 1998, disponible en: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lienzo/article/view/1624> (revisado el 20.06.2021).

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2019, extraído de:
<https://derechouned.com/libro/historia/2217-la-historia-del-derecho-como-ciencia> (revisado el
09.05.2021).

UNZUETA, Carolina, *Para una teoría de la Historia del Derecho*, Atenea (Concepción),
Concepción, n. 513, 2016.

WIGMORE, John, *Some Legal Systems That Have Disappeared*, en: Louisiana Law Review Vol.
2 Num. 1, Louisiana, 1939.

ZEGARRA, Álvaro, *Descubrir el Derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del
Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra, Lima, 2009.