

EL DERECHO EN UNA SOCIEDAD ÁGRAFA: INVESTIGACIÓN JURÍDICO-EPISTEMOLÓGICA SOBRE EL DERECHO Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN LA SOCIEDAD INCA*

THE LAW IN AN AGRAPHIC SOCIETY:
A LEGAL-EPISTEMOLOGICAL STUDY ON LAW AND CUSTOMARY LAW IN INCAN SOCIETY

Manuel Sánchez Zorrilla y David Zavaleta Chimbor**

Resumen: En este artículo se hace ver que la ausencia de escritura dentro de un Estado no es un factor importante para poder hablar de la existencia de un derecho. En efecto, se toma como modelo el Estado Inca o Tahuantinsuyu para permitirnos esclarecer el concepto de derecho, de modo tal que se pueda comprender y diferenciar exactamente entre derecho, derecho consuetudinario y costumbre. Para lo cual se debe partir diferenciando entre la *cosa* y el término que designa o nombra a esta *cosa*. De este modo podemos darnos cuenta de que el derecho existió en la sociedad inca.

Abstract: In this paper we want to display how the absence of writing within a state does not inhibit a state's people from establishing and enforcing Laws. Indeed, the Inca State on Tahuantinsuyu serves as an example to help us clarify the concept of Law so that it can be understood and make a proper difference between Law, Consuetudinary Law and Custom. For this purpose, we must start by establishing the difference between a *thing* and the word that names it. So, we can notice that the Law did exist in Incan society.

Palabras clave: costumbre, derecho, derecho consuetudinario, escritura, Estado, Imperio.

Key words: Custom, Law, Consuetudinary Law, Writing, State, Empire.

Fecha de recepción: 03-03-2011

Fecha de aceptación: 27-04-2011

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Los nombres y las cosas

Debe saberse y diferenciarse entre el término que designa a una *cosa*, en este caso “derecho”, y por otro lado la forma en que se pueda presentar en la realidad o el concepto mismo de esta cosa; es decir, en nuestro caso, las relaciones que se presentan y se ajustan a actos regulados por un Estado o el concepto de “derecho” propiamente dicho. Esto, que aparentemente es claro y que es el supuesto del cual parte toda ciencia, pareciera que en el derecho y en

* Este artículo constituye, en su mayor parte, el primer capítulo del libro “Derecho penal en el Tahuantinsuyu”, de próxima publicación. Se ha tenido que realizar algunas modificaciones para permitir que pueda ser comprendido sin que sea necesario leer los otros capítulos del libro.

** Manuel Sánchez Zorrilla, abogado, asesor independiente de diversas investigaciones de maestría y doctorado. malsere@gmail.com David Zavaleta Chimbor, contador, abogado y administrador; con maestrías en ciencias económicas y en derecho tributario. zavaletachimbor@gmail.com

las filosofías hermenéuticas (y en su campo de influencia científica donde únicamente tiene cabida, es decir en las ciencias sociales) no es tomado en cuenta.

Decir que una cosa no existe porque *su nombre* no coincide o aún no ha sido inventado en otra parte (nos referimos al nombre), es no tener en claro que los nombres son inventados por seres racionales (nosotros) que conceptúan las cosas, y que los hechos se presentan fuera de ellos. Esto es de suma importancia cuando acudimos a las teorías para explicar la realidad, pues ésta última es clave para decidir si la teoría es correcta o no. En cambio, en los nombres, no es necesario recurrir a la realidad para saber si es el nombre verdadero, pues los nombres son convenciones.

Esto nos lleva a tener en claro y poder diferenciar entre nuestros conceptos y la realidad. Somos nosotros quienes les otorgamos determinadas clasificaciones y características a la realidad; es decir, las conceptualizamos. Por ejemplo:

«Propiedades como la temperatura o la inteligencia no son intrínsecamente [sic] cualitativas o cuantitativas, sino que ese carácter sólo está en los conceptos que empleamos para hablar de ellas. Sin embargo, una vez introducidos ciertos conceptos de un determinado modo, ya no podremos usarlos a nuestro antojo, sino sólo siguiendo los perfiles que la realidad adopte al proyectar sobre ella dichos conceptos». (Mosterín 2003, 16-17)

Esto nos lleva a manifestar que los conceptos tienen un nombre que nos permite diferenciarlos. Pero el punto importante no es el nombre sino el concepto que se tenga, por ello se dice que todo concepto tiene una *intención* y una *extensión*. La intención se refiere al significado de la palabra que lo expresa o a su definición; mientras que la extensión “del concepto *P* es el conjunto de cosas a las que se aplica o que caen bajo *P* o que son *P*” (Mosterín y Torretti 2002, 102). Esto nos permite manifestar que en la realidad no se debe buscar el nombre sino el concepto, el cual puede tener otro nombre en otro lugar y tiempo determinado, o simplemente no puede existir.

Lo anterior es de suma importancia porque muchas veces se inventan nombres en algunos lugares mientras que en otros no, es decir que muchas veces se encuentran hechos sin que exista un término que los pueda designar. Si creyéramos que el nombre hace a la cosa, esto significaría que si no existe un nombre que designe a la cosa, tampoco existiría la mencionada cosa; lo cual es un absurdo.

En efecto, en la investigación que iniciamos debemos tener en claro el principio del cual venimos hablando desde las primeras líneas; no obstante, para una mayor claridad transcribiremos la forma en que lo presenta el matemático alemán Dedekind:

«En lo sucesivo entiendo por *cosa* todo objeto de nuestro pensamiento. Para poder hablar cómodamente de las cosas, se las designa mediante símbolos, por ejemplo mediante letras, y se permite hablar abreviadamente de la cosa *a* o simplemente de *a*, y de ninguna manera a la propia letra *a*». (Dedekind [1893] 2010, 790)

Si no tenemos bien en claro ese principio podríamos caer en pensamientos mágicos, o en el mejor de los casos poéticos. Podríamos confundir el arte con la ciencia y creer que usar el pensamiento mágico en la poesía –tal cual lo hizo Borges en el Golem– no es hacer arte sino afirmar verdades. En las primeras líneas del mencionado poema se podrá ver la forma en que se confunde entre la cosa y término que la designa:

*Si (como afirma el griego en el Cratilo)
el nombre es arquetipo de la cosa
en las letras de 'rosa' está la rosa
y todo el Nilo en la palabra 'Nilo'*

No está pues en la “rosa”, la rosa, ni el Nilo en la palabra “Nilo”, por más que suene bien. El derecho no está en el término “derecho” ni aparece cuando aparece el término, es cierto que el derecho no ha existido siempre pero su aparición no puede circunscribirse a una zona y tiempo determinado. Estas nociones que hemos expuesto van a ser correctamente sustentadas en cuanto a los términos, *Derecho* y *Estado*, en las secciones siguientes.

1.2. El Imperio de los incas

El término *Imperio* es un caso especial y es, probablemente, el término que más ataques sufrió en cuanto a su aceptación por parte de varios de los historiadores que, desde mediados del siglo pasado, se ocuparon de estudiar a la sociedad inca. En efecto, se cuestiona que se le llame *imperio de los incas*, por las características occidentales que se le atribuye al término *imperio*, de ahí que María Rostworowski (1999, 20) prefiera usar únicamente el término *Tahuantinsuyu*. De igual modo, en la historia del derecho, Rabinovich-Berkman manifiesta “es hora de empezar a decir Tahuantinsuyu en lugar de *Imperio incaico*” (2003, 70). Lo curioso es que antes había dicho que en el Tahuantinsuyu se presenta “un esquema jurídico complejo, en el que sobresalen rasgos típicamente imperiales” (2003, 44).

Si bien es cierto e innegable que los aportes de la visión Andina y el cuidado que se debe tener al leer las crónicas, que se encuentran en varios libros de María Rostworowski y de Franklin Pease, son de suma importancia e imprescindibles para cualquier estudio que tenga que ver con la época inca; también consideramos que muchas veces sus deseos de separar lo *occidental* y lo *andino*, les lleva a no tomar en cuenta que la especie humana es una sola y que se enfrenta con problemas propios de la especie, además de no considerar que

una cosa es la realidad y otra son las construcciones teóricas que se puedan hacer luego sobre lo que acontece en la realidad.

Otro de los partícipes de esta separación es el antropólogo rumano John Murra, quien nos confirma que lo sostenido por nosotros es correcto. En efecto, en una entrevista que le hicieran, manifiesta que en un principio había llegado a concluir que el Estado Inca era feudal; luego esta idea se le presenta como falsa, y le tomó hasta 1955 retirarla formalmente, en las siguientes líneas de su entrevista, aunque no nos lo dice explícitamente, nos aclarará el motivo de tal cambio: “la idea misma de meter en cajón de sastre a las sociedades preindustriales de todo el mundo, de forzarlas dentro del limitado conjunto de posibilidades humanas propuesto por Friedrich Engels, se había vuelto improductiva” (Murra 2006). Lo que Murra nos hace ver, aunque aparentemente no se da cuenta de ello, es que las categorías económicas que se encuentran dentro de la teoría marxista no son correctas, motivo por el cual fueron refutadas por los hechos. El problema se presenta cuando, por ello, se empezó a desconfiar no sólo de las teorías sino también de los términos que designan a las cosas.

Si bien es cierto que los términos se deben usar como diferenciadores, de modo tal que nos permitan conocer una única realidad, también debemos considerar que todos tenemos un idioma, por el cual conocemos al mundo y es precisamente gracias a “sus nociones, términos y estructuras sintagmáticas [...] que entendemos las cosas de nuestro mundo, como de cualquier otra realidad” (Silva Santisteban 1997, 138). Por ello es comprensible que nuestros términos diferenciadores sean equivalentes conceptualmente a otras voces en otros idiomas y realidades. Es muy importante tener en cuenta esto, pues de no serlo no podríamos comunicarnos con personas que poseen un idioma distinto al nuestro. Así es que si nos proponemos analizar el Derecho, el Estado y el Imperio en el Nuevo Mundo, debe hacérselo diferenciando los términos con que los designamos y las cosas propiamente a las que nos referimos, por eso, aunque

«faltarían las palabras Imperio y Emperador en la lengua quechua, [...] ambos conceptos existían, coexistían, eran una realidad. Igual ocurría con los Faraones nilóticos. No habrían sido, según algunos, emperadores. Pero para nosotros Faraón e Inca son sinónimos de Emperador. Lo mismo rige para el Gran Khan de los Tártaros y el Negus o Preste Juan de Etiopía». (Del Busto 2008, 278)

Lo dicho nos lleva a decir que “en el Nuevo y el Viejo Mundo surgieron de manera independiente sistemas estatales que incorporaban en el seno de superestados o imperios altamente centralizados multitud de antiguos Estados más pequeños” (Harris 1998, 447). Por lo cual, es correcto decir que, en general, se llama Imperio “a un Estado más poderoso que domina a otras entidades políticas” (Silva Santisteban 1997, 138).

En este punto es de suma importancia lo que manifiesta Kelsen, de modo tal que nos queda claro la idea jurídica de Imperio:

«con toda claridad aparece en la teoría medieval del imperium romanum, el cual, según la concepción jurídica de aquel tiempo, era el orden jurídico universal constitutivo de toda la sociedad cristiana, dentro de la cual las comunidades estatales eran expresamente consideradas como meros órdenes parciales, como provincias más o menos autónomas, cuyo poder era concebido por el Imperio [...], aparece expresada con toda claridad la idea de la soberanía del imperium romanum. Este era la comunidad jurídica de todos los Estados cristianos. Su función en parte, era la misma que hoy tiene el Derecho internacional [...] por eso la comunidad medieval de los Estados recibía a veces ella misma el nombre de 'Estado' o Imperio». (Kelsen [1925] 1973, 149)

La idea de un Estado que domina a otros es de suma importancia para poder entender el concepto de Imperio, y poder diferenciarlo del término mismo. Es innegable que el término es de origen romano, pero eso no significa que antes no hayan existido Imperios. ¿Qué fue entonces lo que gobernó Alejandro? Esto nos lleva a manifestar que existe un punto donde algunos Estados, sin dejar de serlo, se convierten en Imperio, esto no es una constante sino una anomalía, por ello muy pocos Estados lo lograron.

Como es de verse el concepto de Imperio es perfectamente aplicable al Tahuantinsuyu, en especial desde Pachacutec, pues es con él donde podría localizarse la formación del Imperio. La existencia de los Curacas es un claro ejemplo de cómo en el Tahuantinsuyu existían sub-Estados que se encontraban bajo el poder cuzqueño. Por eso se producían los ritos de alianzas entre el Inca y el Curaca de cada Estado conquistado. Aún más, es pertinente indicar que muchos de esos Estados no estuvieron contentos con la dominación inca; los Chancas, por ejemplo, “andaban inquietos y no cesaban de intentar novedades y revueltas por librarse de la sujeción de los Incas; porque, como hombres hechos a mandar, sentían mucho el ser mandados de otros” (Cobo [1653] 1956, 80).

Es cierto que los Incas preferían conquistar de forma pacífica, por lo que existieron muchos Estados que estaban conformes con el gobierno inca, pues

«siempre procuraron de hazer por bien las cosas y no por mal en el comienzo de los negocios; después, algunos de los Yngas hizieron grandes castigos en muchas partes; pero antes, todos afirmaban que fue grande con la benevolencia y amición que procuravan el atraer a su servicio a estas jentes». (Cieza [1550] 1986, 45)

Sin embargo, muchos Estados, como los Huancas, o los mencionados Chancas, entre otros, preferían su autonomía a la dependencia cuzqueña, cuando esto ocurría

«en muchos lugares se dieron grandes batallas porque todavía los naturales dellos querían conservarse en la libertad antigua sin perder sus costumbres y religión por tomar otras extrañas». (Cieza [1550] 1986, 47)

Esto podría explicar la “fácil” caída del Imperio, la cual habría sido producto de las alianzas entre los curacas y los españoles (Espinoza Soriano 1986) aunada a la “extrañeza de sus conquistadores y de sus técnicas más avanzadas” (Rostworowski 1983, 179).

En efecto, algunos de los *curacas* fueron señores de reinos o Estados, muchos de ellos nada despreciables, y estos en conjunto componían el Tahuantinsuyu, a continuación mencionaremos a algunos de estos reinos que lo conformaban:

«Pasto (Colombia); Otavalo, Quito, Cañar (Ecuador); Huancabamba, Cajamarca, Chachapoya, Conchucos, Mochica, Chimú, Huayla, Huánuco, Chinchaycocha, Huara, Huanca, Lucana, Chanca, Cana, Colla, Collagua, Chucuito (Perú); Pacaje, Sora, Caranga, Charca, Aullaga (Bolivia); Chili (Chile) o Tucumán (Argentina)». (Chirinos Rivera 2010, 55)

Se nota que es perfectamente aplicable el término Imperio para la organización política que formaron los incas desde Pachacutec. El Tahuantinsuyu sería el único Imperio *con historia* en todo el mundo, que se encuentra por debajo de la línea ecuatorial. Por lo cual, Pachacutec, el noveno Inca sería el primer emperador (Del Busto Durthuburu 2007, 21). Además sería “el mayor de los imperios del nuevo mundo” (Harris 1998, 261).

2. LA AGRAFIDAD DEL TAHUANTINSUYU

Probablemente el lector se sienta más identificado con el término Tahuantinsuyo, al *Tahuantinsuyu* que usamos acá. Sin embargo es oportuno señalar que lo preferimos por cuanto es la forma que registra González Holguín en su diccionario quechua, en donde se lee que Tahuantinsuyu es: “todas cuatro provincias del Perú” ([1608] 1952, 333). Además de ser la forma preferida por los historiadores actuales, como Pease (1980, 1995, 2004), Rostworowski (1983, 1989, 2006), Espinoza Soriano (1986, 1997), entre otros. Sin embargo, ambos nombres son correctos¹.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que en la actualidad se suele identificar el derecho, entre otras cosas, con un conjunto de leyes que se plasman y se transmiten por medio de palabras escritas, resulta difícil de comprender la existencia del derecho en una sociedad que carezca de escritura, por más que se

¹ Consideramos que el lector, en mayor o menor medida conoce sobre la historia de los incas, motivo por el cual no dedicaremos más líneas en este artículo, simplemente remitiremos a los autores mencionados arriba. Sin embargo, para quien desee estudiarlos mejor, a los autores citados habría que agregar a Kauffmann Doig (1963, 1978 y 2002), Murra (1983), Pärssinen (2003), Silva Santisteban (1994, 1998), Valcárcel (1949 y 1978).

acepte que puede existir derecho sin escritura explícita que diga que lo es, como la tan mentada Constitución de Inglaterra.

Sucede que la escritura es un hecho tardío y representa “el esfuerzo de la humanidad por convertir los mensajes sonoros-temporales en visuales-espaciales VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT (‘las palabras vuelan, las cosas escritas permanecen’)” (Jordana Puigpinós 1997, xviii). En este sentido, también es de la misma idea Jesús Mosterín, quien empieza su libro dedicado a la teoría de la escritura, diciendo “Mediante la escritura los mensajes lingüísticos, que son efímeros y temporales, adquieren un reflejo permanente y espacial” (2002, 11). No obstante, es bueno tener en claro que durante mucho tiempo, e incluso actualmente, la humanidad ha tenido diversos modos para conservar los mensajes sonoro-temporales no necesariamente recurriendo a la escritura.

La agrafidad del Tahuantinsuyu ha sido muchas veces discutida e incluso negada; sin embargo, actualmente, no se puede decir, si no es como especulación, que en el Tahuantinsuyu existió la escritura. Referido al derecho, una afirmación curiosa se presenta en el estudio de Horacio Urteaga, quien sostiene que había un tribunal de apelaciones que

«fallaban sujetándose al dictado de una ley escrita en los *quipos*, que constituían verdaderos libros de leyes, análogos a nuestros códigos; y valiéndose, también de tablas y paños pintados donde seguramente se hallaban los principios fundamentales de derecho y reglas generales». (Urteaga 1928, 24-25)

Pudiera ser que la afirmación de Urteaga haya sido una hipérbole de algunas informaciones a las que tuvo acceso, por ejemplo, según indicó Damián de la Bandera en la visita de 1580,

«tenía el Inga cerca de sí dos quipocamayocs a manera de secretarios los cuales tenían por memoria en unos cordeles de muchos colores todas las leyes y ordenanzas generales tocantes al gobierno y a lo civil y criminal, los cuales tenían tanta habilidad y memoria en conocer el cordel en que esta cada cosa que a cualquier hora que el Inga lo pedía, le daban razón de ello, los cuales tenían como registro, cotejados el un secretario con el otro sus memorias sin discrepar ni una palabra ni una cosa». (*apud* Valcárcel 1978, 650)

Estas afirmaciones no merecen ser pasadas por alto, por el contrario se debe contrastar su plausibilidad.

En la actualidad sólo se puede afirmar que los quipus servían para llevar registros contables y, en el mejor de los casos, registros de hechos históricos (Rostworowski 2006, 325; Espinoza Soriano 1997, 422-423; Kauffmann Doig 1978, 590). Ahora bien, si tenemos en consideración que la memoria de los Incas

fallecidos era sigilosamente preservada por su panaca, y que, los Incas eran los encargados de *promulgar* las leyes, lo que pudo ocurrir es que algunos quipus hayan servido como ayuda memoria para conservar las leyes dadas por determinado Inca. Esta misma función, la de ayuda memoria, es fácil de detectar en paños pintados, sin llegar a confundirlos con escritura². En efecto, como bien lo expresa Max Uhle:

«Escritura se llama la reproducción fonética de la palabra, y nadie podrá afirmar que en este sentido los quipus puedan haber expresado escritura [...] expresar números por la cantidad, aunque sea también por la forma de los nudos y expresar clases de objetos por el color de los hilos y retener todo el resto en la memoria, no basta para llamar escritura a los quipus, en lugar de un poderoso auxiliar mnemotécnico». (Uhle 1978, 781-782)

Esto significa que no ha existido, o no ha sido descifrada aún, una escritura propiamente dicha en el Tahuantinsuyu. En la misma dirección, otro de los investigadores que estudió los quipus, Locke, también afirma que “el quipu fue probablemente empleado como recurso mnemotécnico para recordar hechos históricos, poemas, listas de reyes, etc. Estos asertos son de ocurrencia demasiado frecuente para ser ignorados” (1978, 728). Algunas páginas después, Locke aclarará lo que nos quiso decir:

«la evidencia se encuentra intrínsecamente en contra del supuesto de que el quipu era un esquema convencional de escritura [...] La afirmación de que los poemas se conservaron por medio de quipus no quiere decir que los poemas fueron escritos por este medio [...] En conclusión, la evidencia es que todos los quipus auténticos examinados son de naturaleza numérica. Puede ser que por una ironía del destino ninguno de los especímenes de quipus genuinos históricos, si existieron, se hayan conservado». (Locke 1978, 731)

Esta última frase, con la que concluye Locke, es significativa para permitirnos sostener nuestra postura, pues como hasta el momento no se ha podido detectar algún quipu que presente grafías en él, entonces por el momento no se puede decir que haya existido la escritura en el Tahuantinsuyu. También es cierto que pudiera ocurrir que por su complejidad textual, aún no hayan sido descifrados los quipus textuales (Chirinos Rivera 2010). Por ello, en el estado actual del conocimiento, únicamente estamos capacitados a decir que los quipus sirvieron como ayuda memorias para algunos acontecimientos, aunque la propuesta de Urton (2003) fomenta una nueva visión que aún debe ser estudiada a profundidad.

² Se llama escritura al «Medio de comunicación dependiente de la lengua que refleja la sucesión temporal de sonidos que constituye el mensaje hablado mediante una sucesión espacial de marcas gráficas o grafemas» (Mosterín 2002, 365). Mientras que el grafema es la «mínima unidad distintiva de la escritura. Letra, carácter o signo gráfico (simple)» (Mosterín 2002, 366).

Todo lo manifestado anteriormente nos hace ver que tampoco pudieron existir leyes escritas. Pero este hecho se superó hábilmente. En efecto, en la Visita hecha por Real Cédula del 23 de septiembre de 1580, responde García de Melo (quien había permanecido en el Cuzco desde 1538), que “para conservar en la memoria las leyes como los relatos históricos se acostumbraba a cantar las cosas” (Valcárcel 1978, 640).

Ahora bien, si existieron leyes en el Tahuantinsuyu, ¿pudo esto significar que existió el derecho? ¿Pueden existir leyes sin derecho? Los hechos de los cuales venimos hablando nos conducen indefectiblemente a responder primero ¿a qué se le llama derecho?³

3. DERECHO

Hemos decidido formular la pregunta del modo en que está en el párrafo anterior: ¿a qué se le llama derecho?, pues lo que pretendemos es huir de las preguntas de tendencia esencialistas que quieren averiguar *¿qué es el derecho?*, ya que las preguntas de ese tipo usualmente no conducen a nada, pues ignoran que los términos son creados por convención y pueden significar lo que queramos. A lo mejor por ello esa pregunta no puede tener una respuesta unívoca y le generó más de un dolor de cabeza a Hart ([1961] 1998). Si revisamos la actual edición del Diccionario de la Academia, en donde se recoge el uso de los términos, se pueden encontrar veintiocho acepciones para derecho. Restringiéndonos bastante y dejando de lado a la Academia, mas no la complejidad y multiplicidad del término, Flores Mendoza menciona que entre las concepciones que tiene el derecho se pueden incluir:

«1) Ciencia o disciplina científica; 2) Facultad, potestad o prerrogativa del individuo; 3) Resultado de las fuentes formales; 4) Ideal de justicia; 5) Sistema de normas e instituciones; y 6) Producto social o cultural». (Flores Mendoza 1997, 1004-1005)

Consideramos entonces que para hablar de algo que se llame derecho, en primer lugar, debemos tener en claro que únicamente puede existir éste en sociedades humanas. No puede existir el derecho en lugares donde no existan personas o exista sólo una. Para que exista el derecho tiene que haber una sociedad. De donde se deriva que el derecho, al menos por el momento, es una creación humana.

³ En los últimos tiempos se ha generado una pequeña polémica sobre la existencia del derecho en el Tahuantinsuyu; por ejemplo, el artículo escrito por Díaz Guevara (2008) responde de forma irónica a la postura de Del Solar, este último manifiesta que no existió un derecho inca. En otro artículo Ortiz Nishihara (2008) también refuta las ideas de Del Solar. Recientemente apareció un artículo de Crevoisier (2011), en donde se siguen las ideas de Del Solar y de su maestro Ugarte del Pino, en la conclusión, como era de suponerse, se dice que no existió un derecho inca. Consideramos que responder a las preguntas formuladas arriba nos permitirán tener una respuesta sería sobre la existencia o no del derecho en el Tahuantinsuyu.

Decimos *al menos por el momento*, porque en los estudios realizados por Franz de Waall, se han mostrado ejemplos de comportamientos «morales» compasivos en varias especies animales no humanas, particularmente en los chimpancés (Changeux y Ricoeur 2001, 192). Así es, distintas observaciones y experimentos han mostrado que “ya otros primates reaccionan como si tuvieran algo parecido a un sentido de la justicia” (Mosterín 2008, 351). El neurólogo Changeux, sustenta muy bien que el «sentido moral», puede ser explicado por una base genética-evolutiva que permita la deliberación ética.

Así pues, si esa base genética fue la raíz que luego propiciaría la capacidad de juzgar del cerebro⁴, y ésta trae consigo la deliberación moral, lo que luego generaría las creaciones de algunas normas que permitan la vida en armonía⁵, entonces no resulta descabellado manifestar que el derecho tiene base genética-evolutiva (lo que no significa que el derecho se transmita por genes). En efecto, como la ansiada armonía no siempre se puede lograr sólo por normas morales, es razonable pensar que éstas darían origen a la creación del derecho⁶. Es evidente que si la teoría de la evolución es cierta (como al parecer la es), dentro de algunos miles de años puede ser posible que exista un derecho no humano. Nos preguntamos qué hubiera dicho Ulpiano ante tal descubrimiento, quien, a decir de Petit, creía que “los animales obedecen al instinto y no al derecho. Sólo el hombre tiene derechos y deberes, porque él solo está dotado de razón y de conciencia de la moralidad de sus actos” (Petit 1988, 30).

Si este “sentido moral” con base genética-evolutiva es cierto, presumimos que su aparición se encuentra luego de acaecido algún hecho que lo desencadene y no antes. De producirse antes no tendríamos ninguna necesidad del derecho ni de algún otro tipo de orden cultural, pues éste existiría de por sí, no estaríamos hablando de hombres, sino de ángeles o seres por el estilo. Por eso es posible especular, como lo hace el científico Niko Tinbergen, cuando cree que el hombre carece de barreras genéticas que le impidan abusar, hasta el punto de matar de sus congéneres. De ello se desprende la necesidad

⁴ De hecho, esta capacidad de juzgar es una característica que la tienen las aves y en especial los mamíferos. Esto se debe a la plasticidad de su cerebro, que permiten a sus neuronas estar en constante reconexión para permitirles decidir (Bunge 1999, 21-22; Mosterín 2008, 98-99, 347-349).

⁵ En palabras de Changeux «La capacidad de juzgar, que es la del cerebro del hombre, no sólo hace referencia consciente (o no) a los valores individuales de supervivencia, de armonía y de ‘vida buena’. La especie humana es, asimismo, una especie social, y ya he mencionado entre las predisposiciones al ‘nexo social’ –atribución, inhibición de la violencia, empatía y simpatía– lo que, en el plano evolutivo, singulariza a la especie humana, y muy precisamente esta disposición a la cooperación» (Changeux y Ricoeur 2001, 232).

⁶ Aunque Changeux no dice textualmente lo manifestado por nosotros, podemos hacer tal inferencia con lo que nos dice en la siguiente cita: «La violencia puede instalarse desestabilizando cada vez más el grupo social, pone en peligro la supervivencia de los individuos y su ‘equilibrio afectivo’. De manera general, como lo expresa Henri Atlan, la busca inmediata de placer o la eliminación rápida del sufrimiento pueden entrañar la violencia, y conviene diferenciarlas en beneficio del bien común. Entonces se vuelve indispensable la elaboración de normas de vida colectiva. En cierto modo es el precio que hay que pagar por conciliar las capacidades representacionales del cerebro del hombre, su capacidad de juzgar y las condiciones materiales de la vida en sociedad» (Changeux y Ricoeur 2001, 234).

de introducir “disuasivos –normas, leyes, preceptos y mandamientos–, que no tienen por cierto la eficacia de los frenos e inhibiciones que dio natura al resto de animales” (Denegri 2006, 11).

Por lo dicho anteriormente, es de suponer que en toda sociedad se necesita de vínculos que permitan a sus individuos sobrevivir sin estar matándose unos a otros. Esto significa que los individuos deben confiar entre ellos, es decir, dependen el uno del otro. Esta dependencia para sobrevivir es lograda mediante vínculos artificiales en una sociedad humana⁷. Sin embargo, para que toda esta creación artificial funcione se necesita de otra artificialeza, aparece entonces la idea de orden. En este contexto, se entiende por orden el mantenimiento de la armonía entre los individuos, por lo tanto, el orden lleva consigo la solución de conflictos y la fuerza (o el poder) para realizarlos.

Cuando esta idea de orden es monopolizada por un grupo de personas que dirigen a una determinada sociedad humana, y cuando existen mecanismos creados para cumplir y justificar dicho orden, entonces, ya podemos hablar de un derecho y de un Estado. En efecto, pues resulta que si hablamos de un Estado que crea el derecho, este acto de creación significaría que tal Estado ya está facultado para hacerlo, para lo cual ha necesitado de que esa acción, la de crear leyes, se encuentre enmarcada dentro de su propia ley; estaríamos por tanto, atrapados en un círculo. Por eso, “la cuestión acerca de quién fué [sic] el primero que creó un orden jurídico, acerca de la producción originaria del Derecho, es el falso problema de la generatio aequivoca y carece de sentido” (Kelsen [1925] 1973, 97).

Si nos damos cuenta, lo manifestado nos lleva a concluir que el derecho es producto de la evolución de las relaciones humanas y no puede decirse que haya existido desde siempre.

3.1. Derecho y moral

En la anterior sección hablamos de moral como el primer paso que llevó al surgimiento del derecho. Esto significa que moral y derecho no son lo mismo. En efecto, la moral es lo “concerniente al bienestar de otras personas y nuestra responsabilidad para con ellas. Los problemas y los preceptos morales se refieren a las acciones que dañen o beneficien a los demás” (Bunge 2007, 146). Seguramente que es a estos preceptos a los que se refiere Mosterín cuando dice que sin lenguaje “lo que no puede haber es moral ni ética, pues la moral es un sistema de reglas explícitas, articuladas lingüísticamente, y la ética es la reflexión argumentada de la moral” (2008, 214). Visto así podría decirse que no existe diferencia entre el derecho y la moral.

⁷ Una sociedad es un conjunto de individuos de la misma especie, que ocupan el mismo territorio y se mantienen unidos por vínculos de algún tipo, pues dependen unos de otros para su supervivencia y bienestar (Harris 1998, 142). Una sociedad humana se caracteriza por ser «una estructura social compuesta por vínculos artificiales, sean económicos, políticos o culturales» (Bunge 2007, 201).

La separación entre moral y derecho fue trabajada de forma especial por Kelsen ([1960] 1982) sobre la base de Kant, se puso entonces énfasis en que la moral se refiere únicamente a la conducta interna, mientras que el derecho a lo externo. Sin embargo, argüir la diferencia en tales términos no es correcto, pues como hace ver Hart, la moral también hace referencia a la regulación de la conducta externa de los hombres, por lo que esta forma de control interno es solamente “condición necesaria de la responsabilidad moral que el individuo tenga un cierto tipo de control sobre su conducta” ([1961] 1998, 222). Así es que, si bien es cierto que tal distinción se la debe tomar en cuenta, no es suficiente para separar el derecho y la moral.

Consideremos entonces una característica de la cual nos habla Hart ([1961] 1998, 217-220), nos referimos a la *inmutabilidad al cambio deliberado*. Es decir, una norma moral no puede ser modificada por simple imposición, o derogada por la creación de otra de forma instantánea, esto no se presenta en la moral pero sí en el derecho. En la moral el proceso es más lento y espontáneo, aunque muchas normas jurídicas pueden influir en el cambio de la moral y a la inversa, eso no significa que estemos ante los mismos fenómenos.

Como vimos, mientras que la moral no es dictaminada, el derecho sí. Las crónicas nos narran reiteradamente las leyes que daba cada Inca; sin embargo, la historia de la legislación inca se la puede dividir en dos: en la iniciada por Manco Capac, y en las reformas hechas por Pachacutec, ambos, en palabras de Franklin Pease, serían los *arquetipos jurídicos* del Tahuantinsuyu.

Es bueno que quede en claro que la separación entre derecho y moral, únicamente puede ser posible siempre que se entienda como “distinción conceptual entre dos fenómenos sociales, el derecho positivo y la moral convencional” (Höffe 1988, 6). Sin embargo, el derecho posee un poder sancionador que no lo tiene la moral, un poder organizado que reprime la venganza privada, por ello, mientras que es posible que existan normas morales en sociedades no Estatales, no es posible que exista derecho sin Estado. El derecho necesita de un sistema que permita resolver conflictos y/o el cumplimiento de la sanción que instituye.

En su ya clásico libro, Francesco Carnelutti, afirma que “donde impera el derecho, desaparece la guerra y en su lugar entra el delito” (1997, 25). Eso se debe porque existe una sociedad organizada; es decir, un Estado, de ahí que “no hay Estado sin derecho ni derecho sin Estado” (Carnelutti 1997, 65). Veamos entonces la relación que se presenta entre estos dos nuevos hechos.

3.2. Estado y derecho

De lo que venimos manifestando, se puede afirmar que ni el Estado ni el derecho son creaciones modernas ni occidentales como podría creerse. Es cierto que aparecieron en un momento dado, pero el punto exacto de aparición y de sus creadores no es posible identificarlo. Cosa distinta ocurre con otras

creaciones del hombre como la ciencia o como el Humanismo o el Barroco (por mencionar algunas). En todas ellas, podemos hallar una ubicación espacio-temporal, e incluso podemos conocer las causas de su origen. Con el derecho y el Estado, en cambio, no podemos identificar ni el lugar exacto, ni el tiempo en que aparecen, pero sí podemos especular sobre por qué aparecen.

En primer lugar debemos tener en claro en no confundir el *término Estado* con el Estado propiamente dicho, ni mucho menos con *Estado democrático*, el cual es sólo una forma de Estado.

La existencia de los Estados se produce antes de que aparezca el término que los designa. La naturaleza compleja de esta organización social, produjo que únicamente apareciese una palabra general, que comprendiese la forma total de esta clase de organización político-social en Italia, en donde

«Comienza a usarse la voz *stato*, que va unida al nombre de una ciudad: *stato de Firenze*, etc. He aquí creado un término incoloro aplicable a todos los Estados, así monarquías como repúblicas, grandes o pequeños, Estados ciudades o Estados territoriales». (Jellinek [1911] 2000, 155)

El término demoró en aparecer pero el Estado ya existía desde antes. El problema del origen del Estado tiene sentido para resolver “las otras cuestiones sustantivas sobre la naturaleza y la legitimidad del Estado, [... mas no se lo puede considerar] como problema histórico” (Quintanilla 1991, 84). De ahí que no podamos decir que haya sido creación romana o griega, ni mucho menos podemos decir que el Estado nace con Maquiavelo, pues sería

«como decir que el oxígeno aparece con Lavoisier [...] el Estado es una abstracción; mejor dicho, una estructura ideal que sirve de referencia para la organización social y política de una sociedad y de pauta de comportamiento de los individuos en relación con ese modelo de referencia [...] el Estado es, pues, una entidad ordenadora y redistributiva». (Silva Santisteban 1997, 17-27)

Lo mismo que se dijo del Estado se puede decir del derecho. El derecho no nace ni con Cicerón ni con Kelsen. El derecho nace producto de las necesidades humanas de controlarse y organizarse de la forma más eficiente posible, con la finalidad de poder sobrevivir de forma estable, otorgándose límites y protegiéndose. No se debe confundir el término que nombra al fenómeno con el fenómeno mismo. Quien no entienda eso puede ser objeto de burla, tal como ocurrió con un sociólogo francés, a quien le contaron que se habían descubierto bacilos de Koch en momias egipcias. El profesor contestó:

«Imposible puesto que Koch descubrió los bacilos hace nada más de un siglo. Confundía la noción de bacilo con el bacilo mismo, es un tipo de pensamiento que se llama pensamiento mágico, confundir cosas con

símbolo, cosas con ideas de cosas, típico de personas muy primitivas». (Mario Bunge 2010)

Por ello, el término derecho puede ser aplicado para designar a todos los fenómenos que se presentan en las distintas sociedades, que tengan que ver con las leyes impuestas y la solución de conflictos dentro de un Estado. Se puede hablar incluso de un derecho primitivo. Pero la diferencia entre el derecho primitivo y el que aparece en una etapa posterior es que, este derecho evolucionado aparece cuando se puede abolir “el procedimiento de justicia por mano propia y sustituirlo por la ejecución del fallo de un tribunal mediante un poder ejecutivo centralizado, una fuerza policial del Estado” (Kelsen [1944] 2003, 53). Este procedimiento realizado por el Estado, en el Tahuantinsuyu era cumplido, entre otros, por los curacas. Información de las *visitas* nos hacen ver que a ellos les encargaba el Inca funciones específicas en diversas áreas, de modo tal que a sus pobladores que estaban bajo su cuidado, “los gobernaban y mandaban y regían y desagradiaban de los agravios que unos a otros se hacían” (Ortiz de Zúñiga [1562] 1967, 24).

3.3. Derecho y ley

En la sección anterior introducimos adrede el término ley. La intención es que se nos cuestione y se nos diga que de lo que hemos estado hablando no era del derecho sino de ley.

Dicho cuestionamiento podría ser correcto, pero no debemos olvidar que el único modo de hablar de ley, en el sentido jurídico, es hacerlo dentro del derecho⁸. En nuestro idioma esto resulta más confuso, pues tenemos los términos ley y derecho para referirnos a cosas más o menos iguales. De ahí que sea válido muchas veces intercambiarlas, usando el todo por la parte o la inversa, es un tropo que se llama sinécdoque.

Antes que nosotros, Hayek había diferenciado entre derecho y legislación en los siguientes términos: “a diferencia del propio derecho, que en este sentido jamás ha sido ‘inventado’, la invención de la legislación se produjo relativamente tarde en la humanidad” (Hayek 2006, 97). Hayek se refiere a la actividad legislativa, la que *crearía* el derecho o las leyes, ambos términos los usa Hayek como sinónimos.

Lea con atención la siguiente cita y compárela con la anterior:

«El derecho, entendido en el sentido de un conjunto de normas de conducta sancionables, es sin duda tan antiguo como la propia sociedad [...] afirmar que la ley es anterior a la actividad de dictar leyes ofrece casi

⁸ Es oportuno aclarar que «la ley jurídica no tiene nada que ver con las leyes científico-naturales. En realidad la ley jurídica no es propiamente una ley (regularidad) sino norma o regla» (Quintanilla 1991, 150). Aclaremos también que no nos referimos a la *ley* en sentido estricto, es decir como la dada por el congreso, sino que usamos el nombre *ley* de forma general.

el carácter de paradoja. Sin embargo, no cabe la menor duda de que la ley ha existido durante muchas épocas antes de que al hombre se le ocurriera poder crearla o modificarla». (Hayek 2006, 98-99)

Lo que Hayek nos quiere decir es que la actividad centralizada para promulgar leyes, es nueva y posterior a la aparición del derecho en sí, pues el derecho no lo crea un grupo de personas designadas para tal fin, sino que surge *espontáneamente*. Sea como fuera el nacimiento del derecho, debemos entender que ambos términos se retroalimentan y dependen el uno del otro recíprocamente.

Los estudios antropológicos, en su mayoría realizados por personas de habla inglesa, no hacen diferencia entre derecho y ley. Sin embargo, creemos que al permitirnos nuestro idioma diferenciarlos, será bueno recurrir a alguien que lo haya hecho. El intelectual peruano, Fernando Silva Santisteban, nos facilita una distinción clara de estos conceptos.

La ley jurídica, nos dice Silva Santisteban, no es más que “toda norma social explícita y reconocida, mantenida por la sanción de la fuerza de determinados agentes que actúan autorizados por la comunidad” (1998, 437). Sería entonces una norma jurídica.

Antes de abordar el concepto de derecho será bueno tratar; en primer lugar, el concepto de norma jurídica para diferenciarla al de ley (ver nota 8). Sin entrar a profundizar en lo que es una norma jurídica y sus características, la separación entre la una y la otra es muy simple y consiste en esto:

«Una cosa es el texto de un artículo: otra cosa el significado de ese artículo. Así, hay artículos que no contienen norma alguna, porque no prescriben nada sino que, por ejemplo, definen un término que va a ser usado en otros artículos. Hay, por supuesto, artículos que contienen diversas normas (o si se quiere una norma compleja en la que se prohíben ciertas acciones, se permiten otras, etc.). Y hay normas que vendrían a ser el resultado de la combinación de diversos artículos. Así es que, lamentablemente, no es cierto que en una ley existan tantas normas como artículos». (Atienza y, Ruiz Manero 1996, 11)

Aclarado este punto podemos regresar a la antropología para hablar de derecho. Éste se lo entiende como

«todo el conjunto de normas doctrinales y disposiciones positivas concernientes a los órganos e instituciones de la administración pública, a la ordenación de los servicios que legalmente les están encomendados y a sus relaciones con las colectividades e individuos a quienes atañe tal ordenamiento». (Silva Santisteban 1998, 437-438)

Queda entonces claro que únicamente se puede hablar de ley jurídica (específicamente norma jurídica) dentro del derecho, y que por tanto, la ley es un componente importante del derecho pero no el único⁹. Las leyes son un indicador de la presencia del derecho. Aunque de esto último no llega a darse cuenta Carlos Octavio Bunge, es bastante perspicaz cuando hace la siguiente afirmación:

«el derecho incaico era al mismo tiempo legal y no escrito. Carecía esa civilización de un sistema de escritura gráfica, y sin embargo no se carecía de leyes, antes al contrario, todo estaba librado en definitiva a las leyes dictadas por los Incas y muy poco á las costumbres locales de los pueblos. Es que, aun cuando faltase una escritura gráfica, al modo de las antiguas del Viejo Mundo, no faltaban medios ingeniosísimos [sic] de fijar el derecho, como si estuviera escrito». (Bunge 1912, 117)

En el runasini, que es el nombre verdadero de la lengua andina, la cual sería bautizada como «quichua» por Fray Domingo de Santo Tomás, se puede identificar vocablos con el sentido de ley jurídica, como orden o mandato. En el lexicón del mencionado fraile, publicado en 1560, podemos leer las entradas siguientes: *camachicoc* (provedor o mandador), *camachicuni* (mandar alguna cosa) y *camachicocçapa* (mandón, que mucho manda). Años más tarde, Gonçalez Holguin, nos presentaría más de un término para referirse a ley: *camachicuscan simi o apup simin* ([1608] 1952, 562), también nos presenta las voces *camachisca camachusca* que quiere decir “ley y precepto y mandamiento, o ordenança” ([1608] 1952, 47) y *simi* que significa “boca lenguaje mandamiento ley bocado, las nuevas, la palabra y respuesta” ([1608] 1952, 326). En épocas recientes, en el diccionario del padre Jorge A. Lira se encuentran dos términos, uno de ellos es *kamáchiy*: “orden, mandato, preceptuado, ley, prescripción, designación, etc. Acto y efecto de ordenar. Ordenar, mandar, preceptuar, legislar, indicar” y el otro término es *kamáchi*: “mandato, orden, servicio, precepto, mandamiento, ley” (Lira 1982, 99). Un término similar se encuentra en el quechua de Pastaza (localidad de Loreto) en donde *kamachina* tiene los siguientes significados “1. Mandato, orden. 2. Ley, regla, mandamiento” (Tödter, Waters y, Zahn 2002, 116). Y en el quechua de Cajamarca se dice *kamachikuy*, que significa normar, dar órdenes. Se nota entonces que desde los primeros registros aparece la raíz *camach* (*kamach*) vinculada al de ley, la cual ha sobrevivido hasta nuestros días. Las diferencias sonoras podrían deberse a lo que muy bien hace ver Domingo de Santo Tomás, cuando refiere que “no todos pronuncian los mismos términos de una manera” ([1560] 1951, 14).

⁹ La alusión de componente denota que estamos teniendo una conceptualización de la realidad dentro de la *teoría de sistemas*, por ello, en la actualidad podemos decir que el derecho «**está** presente en un flujo constante de actividades dentro de una sociedad, este conjunto de actividades en donde **está** el derecho tienen como fin regular una sociedad incluso a través de la fuerza, para tal propósito, existen normas y un cuerpo de conocimientos propios, de los cuales harán uso, de modo pertinente, los encargados de hacer cumplir las normas, para ello utilizarán otras normas» (Sánchez Zorrilla 2009, 10). Si el lector desea profundizar en esta visión sistémica puede consultar el segundo capítulo de Sánchez Zorrilla (2009), en especial § 14 - § 41.

Sin embargo, la complejidad del quechua (no sólo por sus complejidad interna sino por sus variedades), además de lo abstracto y confuso del término derecho, sobre todo si se lo confunde y se lo toma únicamente como derecho subjetivo, no nos ha permitido identificarlo aún. Pudiera ser que el término no haya existido pero el concepto está perfectamente identificable en el de ley (*camachisca camachicusca*), aunque aparentemente no en sentido de derecho subjetivo; sin embargo, como sistema de regulación y control, el derecho se presenta en la realidad inca. Además que no debemos olvidar que el derecho regula ciertas conductas obligándolas a cumplir con lo que manda la ley, o en caso contrario la imposición de una sanción. Decir que una persona tiene el derecho a la vida significa que otros están obligados a no realizar acciones que vulneren ese derecho, por lo que, cuando se condena a una pena el homicidio, se estaría hablando indirectamente de un derecho subjetivo. En efecto, Kelsen es claro cuando manifiesta que “esta situación de hecho designa como ‘derecho’ o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros” ([1960] 1982, 140). Crear un derecho no es más que crear una obligación del resto.

Una vez que ha quedado claro la existencia del derecho en una sociedad ágrafa, la inca en este caso, nos gustaría saber si este derecho es tal porque es un derecho consuetudinario, lo que se suele decir usualmente. Así es que, en la siguiente sección se examinará el concepto de derecho consuetudinario dentro de una sociedad que no había desarrollado la escritura para plasmar sus leyes.

4. ¿FUE EL DERECHO PENAL INCA UN DERECHO CONSUETUDINARIO?

Aleksandar Petrovich escribió un artículo denominado “*El derecho consuetudinario inca y la prehistoria de los derechos humanos*”, desde el mismo título nos podemos dar cuenta que Petrovich califica al derecho inca como un derecho consuetudinario. Sin embargo, en ocasiones se refiere al derecho inca como un derecho consuetudinario y, en otras oportunidades, manifiesta que en el Tahuantinsuyu “existían normas jurídicas que se transmitían oralmente y que se generaban unas veces por la costumbre y otras por la decisión de los gobernantes” (1996, 110). Esto nos lleva a preguntarnos ¿cuándo estamos ante un derecho consuetudinario?

La concepción que tiene Petrovich sobre derecho consuetudinario nos la trasmite, de forma implícita, en unas pocas líneas, en donde podemos leer lo siguiente: “en esas comunidades se vivía indispensablemente en un régimen de Derecho consuetudinario, debido a que no existían normas jurídicas escritas” (1996, 106). Por lo tanto, Petrovich identifica el derecho consuetudinario con la ausencia de escritura; es decir que el criterio fundamental para poder identificar un derecho consuetudinario se reduce a la ausencia de escritura ¿hasta qué punto es correcta esta afirmación?

Si pensáramos como Petrovich admitiríamos, sin más rodeos, que en efecto, como los incas no conocieron la escritura, entonces lo único que

podrían tener fue un derecho consuetudinario. Sin embargo, se acepta que todo el sistema del *common law* es un derecho consuetudinario en lo esencial, además que actualmente existen muchas normas, sobre todo las que tienen que ver con el comercio, que son consuetudinarias; así es que la presencia de la escritura en una sociedad no determina si estamos ante un derecho consuetudinario o no, aunque es una condición necesaria pero no suficiente para poder hablar de un derecho consuetudinario.

Lo que nos indica cuándo estamos ante un derecho consuetudinario y cuándo ante un derecho simplemente, es el origen que tuvieron las normas. Cuando no podemos detectar quién fue el dador de una norma que aparece *de pronto* y se mantiene en el tiempo, estamos ante un derecho consuetudinario.

Por otro lado, si las normas han sido dadas mediante algún procedimiento preestablecido (en las democracias) o por una sola persona (como en las monarquías), entonces ya no estamos ante un derecho consuetudinario, sino simplemente ante un derecho.

Sin embargo, sucede que se confunde el hecho de que al hacer lo último serían normas “conscientemente impuestas, es decir, normas promulgadas por escrito” (Kelsen [1960] 1982, 235). Pero aquí recaemos en una pregunta fundamental y ya conocida por nosotros: ¿qué sucede en las sociedades ágrafas? ¿Podemos decir que todo el derecho que se produce en las sociedades ágrafas fue derecho consuetudinario? Como ya manifestamos antes, el punto clave para poder determinar cuándo estamos ante un derecho consuetudinario y cuándo ante un derecho *a secas*, es el ente creador. En lenguaje kelsiano, la diferencia fundamental es una diferencia política. La siguiente cita es aclaratoria:

«Una diferencia, políticamente más significativa, entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario, reside en que el primero es producido por vía de un procedimiento relativamente centralizado, mientras que el segundo lo es por un procedimiento relativamente descentralizado. Las leyes son creadas por órganos especiales establecidos con ese fin [...] Las normas del derecho consuetudinario aparecen a través de determinado comportamiento de los sujetos sometidos al orden jurídico [...] Para que se dé el hecho de una costumbre productora de derecho, no se necesita que todos los individuos que queden obligados o facultados por la norma consuetudinariamente producida, hayan participado en la configuración de la costumbre. Basta que la mayoría indiscutible de los individuos que entren en consideración con respecto a la relación regulada, hayan participado en la configuración de la costumbre, de suerte que es perfectamente posible que haya individuos, obligados por una norma producida consuetudinariamente que no hayan intervenido en su producción». (Kelsen [1960]1982, 239)

Se debe tener en claro que el derecho consuetudinario es un tipo de derecho, es tan igual éste como aquél. El uno y el otro no se diferencian por más cosa que la de poder identificar el ente creador. Por lo que, en las sociedades no ágrafas lo encontramos plasmado en palabras escritas, pues éstas permiten que se conserven de mejor forma el mensaje.

Para que una costumbre se convierta en derecho, tiene que ser impuesta, es decir: positiva. Así es que la única forma de hablar de un derecho consuetudinario es que la costumbre haya sido impuesta, por lo cual se transforma en derecho positivo de origen consuetudinario. Por ello, el derecho consuetudinario tiene que ser un derecho positivo, sino no sería derecho; sólo sería costumbre, y la costumbre no es derecho pero sí es fuente de derecho.

Seamos claros, no existe oposición entre derecho positivo y derecho consuetudinario. Esto se debe a que

«las normas cuyo sentido subjetivo es ser actos legislativos, son también normas *impuestas*, es decir: normas *positivas*. La costumbre puede producir tanto normas morales, como normas jurídicas. Las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando la constitución de la comunidad establece a la costumbre –y, ello, una costumbre especialmente caracterizada– como un hecho productor de derecho». (Kelsen [1960] 1982, 23)

Ahora bien, no debemos olvidar que la costumbre, al presentarse en la realidad, los actos de las personas se presentan como hechos, de ahí que se presenten sin que sea necesaria la existencia del Estado aunque, de presentarse dentro de él, y una vez establecida la costumbre, ésta “pueda subsistir en el seno del Estado e imponer respeto a éste perpetuando su propio poder creador en las esferas que él no invade o desdeña” (Declarevil 1958, 11).

Se entiende entonces que la costumbre sirve como fuente de derecho pero no se puede decir que sea el derecho en sí. Desafortunadamente este error lo comenten en abundancia los defensores de los pueblos indígenas, tal como puede verse en la compilación hecha por Stavenhagen y Iturralde (1990)¹⁰, en donde muchas veces se toma a cualquier costumbre como derecho,

¹⁰ Parece que François Lartigue (uno de los autores que se encuentran en el libro mencionado arriba), se da cuenta de este hecho: «los antropólogos tienden a identificar como derecho consuetudinario a un conjunto de normas, preferencias y prescripciones que han logrado registrar en su estudio [...] atribuir a estas costumbres el carácter de un sistema jurídico o de un casi derecho conlleva a una reducción y a una confusión» (1999, 204). Es cierto que en el libro citado, muchos autores le otorgan al derecho consuetudinario características de un sistema jurídico, nuestra observación pretende dar a conocer que los autores no se dan cuenta que solamente cuando eso pasa, el derecho consuetudinario se convierte en un derecho positivo. De no serlo, no tendría sentido llamarlo derecho, y no se puede confundir a la costumbre con el derecho. Si tuvieran en claro esto, tendrían mejores argumentos para exigir verdaderos derechos de los pueblos indígenas u originarios.

produciéndose que se mezcle, confunda y pierda el verdadero valor del derecho consuetudinario.

Por lo manifestado anteriormente, podemos decir que es un error hacer estas igualdades:

derecho positivo = derecho escrito; y,
derecho consuetudinario = costumbre.

Al parecer, tal error se remonta a una mala interpretación de Gayo, pues si bien es cierto que Ulpiano divide el derecho en escrito y no escrito, no dice que uno sea positivo y el otro no (ver Petit 1988, 32-33). Le corresponde a Gayo traer las distinciones del tipo filosófico, de origen griego¹¹, “entre *ius ex scripto*, que designaba el derecho positivo, y el *ius ex non scripto*, en el sentido de la ley moral universal... [por eso sucedió que] con el nombre del *ius civile*, el derecho positivo forma antítesis con un *ius naturale* común a todos los seres animados” (Declarevil 1958, 20).

En el *Diccionario razonado...* de Joaquín Escriche, publicado en 1838, no se presenta diferencia; en él se puede leer que el derecho positivo es el “establecido por leyes, bien sean divinas, bien humanas” (Escriche 1838, 171). Aunque luego, cuando se ocupa del concepto de ley, nos dirá que “las leyes nos vienen de Dios, ó son obra de los hombres: las que nos vienen de Dios se llaman *leyes naturales*; y las de los hombres se denominan *leyes positivas*” (Escriche 1838, 365). En todo caso no se preocupa en mezclar el derecho positivo con el derecho escrito o no escrito, pues a estos últimos les dedica unos lemas aparte, en donde dice que el primero es “el que se halla espresamente establecido y promulgado, á diferencia del que solo está introducido por la costumbre”, mientras que el derecho no escrito es “el que no ha sido promulgado espresamente como la lei, sino que se ha introducido tácitamente por el uso” (Escriche 1838, 170). Lo que sí hace Escriche es equiparar el derecho no escrito con la costumbre, sin embargo cuando la describe le da una tal contundencia que en la actualidad

¹¹ Uno de los problemas de los que se ocuparon los sofistas fue en diferenciar entre lo artificial y lo real o, entre lo creado y lo natural. Se llegó a aceptar que las leyes no son voluntad de los dioses sino que son impuestas por el hombre para sí. De este modo se oponía a la «ley natural», las «leyes creadas», las cuales (como los griegos conocieron la escritura y sus ventajas) aparecieron escritas. Surge el gobierno democrático en donde «las leyes positivas, escritas, aparecían como salvaguardia contra la vuelta de la tiranía o de la oligarquía, basadas sobre la nueva concepción de ‘ley de naturaleza’. Esta última era forzosamente no escrita, y así finalmente, el concepto de ‘ley no escrita’ adquirió un avieso significado y fue eliminada de la sociedad moderna, más próxima a la igualdad» (Guthrie 2005, 135). Pero esto no quedó ahí, con Platón ocurre lo contrario, la perfección y lo justo se encuentra en lo natural (o en la esencia) que es universal, además esta «ley natural» no es creada por el hombre, por lo que no está escrita en ningún código. De ese modo se diferencia las leyes escritas de las no escritas, tal cual lo hizo Gayo, lo curioso es que ambos son derechos vigentes, que se usan «el derecho natural es una parte del derecho vigente» (Hervada 2005). Parece ser que el origen de la idea de derecho natural (no escrito) *en contraposición* al derecho positivo (escrito) de la actualidad se presenta recién en las corrientes actuales, en efecto según Hervada (2005) esta separación se encuentra recién en el siglo XIX.

difícilmente se le llamaría sólo costumbre, pues es bien claro cuando dice que “la costumbre legitima tiene fuerza de lei, y por consiguiente produce sus efectos, no solo cuando no hai lei en contrario, sino tambien para derogar la anterior que le fuere opuesta” (Escriche 1838, 135). Se nota entonces que no estaríamos ante una costumbre simplemente, sino que si actualmente existiera un tipo de costumbre que fuera capaz de hacer lo anterior, nos encontraríamos ante un derecho consuetudinario; por lo cual es correcto decir que éste, se diferenciaría del derecho propiamente dicho, en que no es posible determinar el órgano que lo promulgó.

Como vimos anteriormente, el propio Petrovich afirma que en el Tahuantinsuyu “existían normas jurídicas que se transmitían oralmente y que se generaban unas veces por la costumbre y otras por la decisión de los gobernantes” (1996, 110). No podemos decir, por tanto, que todo el derecho inca fue consuetudinario, pues las normas jurídicas tenían un ente creador. En materia penal se nota mucho mejor este hecho (en lo civil aún es bastante confusa la legislación inca).

Otro punto que debemos tener en claro es lo correspondiente a las diferencias que existe entre el área de influencia del derecho (o derecho consuetudinario) y la costumbre, pues no se debe olvidar que

«el Estado, acaparando el poder, tiende a una legislación unitaria, mientras que el campo geográfico de la costumbre es siempre restringido, casi cantoral. Aun consagrado el derecho consuetudinario existente, al poder público se atribuye la carga, en principio, de las creaciones futuras». (Declarevil 1958, 13)

Por los motivos anteriormente expuestos, consideramos que no podemos decir que el derecho penal en el Tahuantinsuyu haya sido un derecho consuetudinario, sino que simplemente fue un derecho penal.

5. REFLEXIONES FINALES

Luego de ver que el derecho es producto de la evolución de la humanidad, pudimos determinar que el derecho se presenta en ciertas sociedades humanas. Es cierto que no puede decirse que el derecho se encuentra presente en todas las sociedades, pero tampoco puede decirse que sea un producto exclusivo de una sociedad, pues el derecho se presenta como un producto humano que busca regular a los integrantes de las sociedades humanas, para esto hace uso de normas de carácter coercitivo. En un momento de la evolución del derecho se puede identificar a las personas encargadas de crear las normas jurídicas y a las personas encargadas de hacerlas cumplir. Con el transcurrir del tiempo, el derecho se fue perfeccionando y complicando de modo tal que, en la actualidad, existen un conjunto de profesionales que necesitan formarse para ejercer algún papel dentro del sistema legal concreto o en funcionamiento.

No existe mayor problema en llamar a las formas de control y regulación que tuvieron los incas, simplemente derecho. Aunque a primera vista pareciera que se trata de un derecho consuetudinario, no debemos olvidar que este tipo de derecho no depende únicamente de que no sea escrito, sino que, como vimos, el caso del Tahuantinsuyu es propicio para analizar de una mejor forma el concepto de derecho consuetudinario, de modo tal que se pudo identificar que lo fundamental para éste es el ente creador de normas, mas no que no sea escrito. Que el derecho consuetudinario no sea escrito es una condición necesaria pero no suficiente.

La agrafidad del Tahuantinsuyu nos ha permitido ver con mayor claridad los conceptos de derecho y derecho consuetudinario.

6. LISTA DE REFERENCIAS

- Atienza, Manuel y, Juan Ruiz Manero. 1996. *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Bunge, Carlos Octavio. 1912. *Historia del derecho argentino*. t. 1. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de derecho y ciencias sociales.
- Bunge, Mario. 1999. *Las ciencias sociales en discusión*. Trad. de Horacio Pons. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- _____. 2007. *Diccionario filosófico*. Trad. de María Dolores González Rodríguez. Siglo veintiuno editores.
- _____. 2010. *Constructivismo Pedagógico (preguntas y respuestas)*. <http://www.youtube.com/watch?v=6T-UrL2VtnI&feature=related> (Consultada el 01 de noviembre de 2010).
- Carnelutti, Francesco. 1997. *Cómo nace el derecho*. 3ra. ed. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Santa fe de Bogotá: TEMIS S.A.
- Changeux, Jean-Pierre y Paul Ricoeur. 2001. *La naturaleza y la norma. Lo que nos hace pensar*. Trad. de Carlos Ávila Flores. México: Fondo de Cultura Económica.
- Chirinos Rivera, Andrés. 2010. *Quipus del Tahuantinsuyo: Curacas, Incas y su saber matemático en el siglo XVI*. Lima: Editorial Comentarios.
- Cieza de León, Pedro de. [1550] 1986. *Crónica del Perú, segunda parte: El Señorío de los Incas*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- Cobo, Fray Bernabé. [1653] 1956. *Historia del Nuevo Mundo*. Madrid: Ediciones Atlas.
- Crevoisier, María Luz. 2011. ¿Existió o no el derecho inca? *Jurídica: suplemento de análisis legal El Peruano*. 351 (abril): 4-6.
- Dedekind, Richard J.W. [1893] 2010. ¿Qué son y para qué sirven los números? En *Dios creó los números*, ed. Stephen Hawking, 785-821. Barcelona, España: Crítica

- Declarevil, J. 1958. Roma y la organización del derecho. En *La evolución de la humanidad*. t. 21. Trad. de José López Pérez. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americano.
- Del Busto Duthurburu, José Antonio. 2007. *Túpac Yupanqui, descubridor de Oceanía*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- _____. 2008. *Memorias de un historiador*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Denegri, Marco Aurelio. 2006. *De esto y de aquello*. Lima: Editorial Universitaria de la Universidad Ricardo Palma.
- Díaz Guevara, Juan José. 2008. *El derecho incaico: una aproximación concreta (Perú)*. <http://www.monografias.com/trabajos65/derecho-incaico/derecho-incaico.shtml> (consultado el 15 de octubre de 2010).
- Escriche, Joaquín. 1838. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Valencia: Imprenta de J. Ferrer de Orga.
- Espinoza Soriano, Waldemar. 1986. *La destrucción del Imperio de los Incas*. Lima, Perú: AMARU Editores.
- _____. 1997. *Los Incas*. Lima-Perú AMRU Editores.
- Flores Mendoza, Imer. 1997. La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (Septiembre-Diciembre) 90:1001-1036. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm> (Consultada el 05 de octubre de 2006).
- Gonçalez Holguin, Diego. [1608] 1952. *Vocabulario de la lengua general de todo el Peru llamada lengua qquichua o del inca*. Lima: Edición del Instituto de Historia, UNMS.
- Guthrie, W.K.C. 2005. *Historia de la filosofía griega*. t. 3. Trad. de Joaquín Rodríguez Feo. Barcelona, España: RBA Coleccionables.
- Harris, Marvin. 1998. *Introducción a la antropología general*. Trad. de Francisco Muñoz de Bustillo. 7ta. ed. Madrid: Alianza Editorial.
- Hart, Herbert. [1961] 1998. *El concepto de derecho*. Trad. de Gerardo R. Carrió. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Hervada, Javier. 2005. La concepción clásica del derecho natural. <http://www.youtube.com/watch?v=ROQXmyvmHpA> (Consultada el 05 de enero de 2011).
- Höffe, Otfried. 1988. *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*. Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona, España: Editorial Alfa S. A.
- Jellinek, Georg. [1911] 2000. *Teoría general del Estado*. Trad. de la 2da. ed. de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kauffmann Doig, Federico. 1963. *Los Incas y el Tahuantinsuyo*. Lima: Sociedad Académica de Estudios Americanos.
- _____. 1978. *Manual de arqueología peruana*. Lima, Perú: Editorial PEISA.
- _____. 2002. *Historia y arte del Perú antiguo*. Lima, Perú: Editorial PEISA.
- Kelsen, Hans. [1960] 1982. *Teoría Pura del derecho*. 2da. ed. Trad. de Roberto J. Vernengo. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- _____. [1944] 2003. *La paz por medio del derecho*. Trad. de Luis Echávarri. Madrid: Editorial Trota.
- _____. [1925] 1973. *Teoría general del Estado*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. México: Editora Nacional.
- Lartigue, François. 1990. Los intermediarios culturales en la sierra Tarahumara: delegación de autoridad y elaboración del derecho consuetudinario. En Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (Comp). 1990. 191-204.
- Lira, Jorge A. 1982. *Diccionario Kkechuwa-Español*. 2da. ed. Bogotá: Secretaría Ejecutiva Permanente del Convenio "Andrés Bello".
- Locke, Leland L. 1978. El quipu antiguo o registro peruano de nudos. En *Tecnología andina*. Coord. Rogger Ravines. 705-731. Lima, Perú: IEP y el Instituto de Investigación Tecnológica Industrial y de Normas Técnicas.
- Mosterín, Jesús. 2002. *Teoría de la escritura*. Barcelona, España: Icaria.
- _____. 2003. *Conceptos y teorías en la ciencia*. Madrid: Alianza Editorial
- _____. 2008. *La naturaleza humana*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Mosterín, Jesús, y Roberto Torretti. 2002. *Diccionario de Lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Murra, John V. 1983. *La organización económica del estado inca*. 3ra. ed. Trad. de Daniel R. Wagner. México: Siglo XXI.
- _____. 1997. ¿Existieron el tributo y los mercados en los Andes antes de la invasión europea? En *Arqueología, antropología e historia en los Andes: homenaje a María Rostworowski*. 737-748. Lima: IEP y BCRP.
- _____. 2006. Una entrevista con John V. Murra. <http://www.peripecias.com/mundo/121MurraRoweEntrevista.html> (Consultada el 11 de febrero de 2011).
- Ortiz de Zúñiga, Iñigo (visitador). [1562] 1967. *Visita de la provincia de León de Huánuco en 1562*. Versión paleográfica de Dominico Angulo, Marie Helmer y Felipe Márquez Abanto. Huánuco, Perú: Universidad Nacional Emilio Valdezán: Facultad de letras y educación.
- Ortiz Nishihara, Mario. 2008. ¿Existió un Derecho Inca? http://www.articulosya.com/article/549/%C2%BFExisti%C3%B3_un_Derecho_Inca.aspx (Consultada el 18 de febrero de 2011).
- Pärssinen, Martti. 2003. *Tahuantinsuyu: el estado inca y su organización política*. Trad. de Ana-María Sthal de Montoya y Pilar Rosselló de Moya. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos y el Fondo Editorial de la PUP.
- Pease Franklin. 1980. Los Incas. En *Historia del Perú antiguo*. t. 2. 187-293. Lima, Perú: Editorial Juan Mejía Baca.
- _____. 1995. *Las crónicas y los andes*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú y el Fondo de Cultura Económica.
- _____. 2004. *Los últimos incas del Cuzco*. Lima: Instituto Nacional de Cultura.
- Petit, Eugene. 1988. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. de José Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires: Editorial Albatros.

- Petrovich, Aleksandar. 1996. El derecho consuetudinario inca y la prehistoria de los derechos humanos. *Revista de Historia del Derecho «Ricardo Levene»*. 32: 71-151.
- Puigpinós Jordana, Ricard. 1997. Pronunciación y lectura del inglés. En *Lexus: diccionario de inglés*. xviii-xxxv. Colombia.
- Quintanilla, Miguel Ángel. 1991. *Breve diccionario filosófico*. Navarra, España: Editorial Verbo Divino.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo. 2003. *Matrimonio incaico: el derecho de familia del país de los incas en sus últimos tiempos*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Rostworowski de Diez Canseco, María. 1983. *Estructuras Andinas del Poder*. Lima, Perú: Editorial instituto de estudios peruanos.
- _____. 1989. *Costa peruana prehispánica*. 2da. ed. Lima, Perú: Editorial instituto de estudios peruanos.
- _____. 2006. *Historia del Tahuantinsuyu*. Lima-Perú: Editorial instituto de estudios peruanos.
- Sánchez Zorrilla, Manuel. 2009. Discusión sobre la naturaleza epistemológica del derecho. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.
- Santo Tomas, Domingo de. [1560] 1951. *Lexicon o vocabulario de la lengua general del Perú*. reimp. fasc. Lima: UNMS.
- Silva Santisteban, Fernando. 1997. *Desarrollo político de la civilización andina*. Lima, Perú: Fondo de desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- _____. 1998. *Antropología: conceptos y nociones generales*. Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima y el Fondo de Cultura Económica de Perú.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (Comp). 1990. *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano y Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Tödter, Christa, Willian Waters y, Charlotte Zahn (Recopiladores). 2002. *Diccionario Inga-Castellano*. Lima: Instituto lingüístico de verano.
- Uhle, Marx. 1978. Algunas observaciones al artículo precedente. En *Tecnología andina*. Coord. Rogger Ravines. 781-782. Lima, Perú: IEP y el Instituto de Investigación Tecnológica Industrial y de Normas Técnicas.
- Urteaga, Horacio. 1928. *La organización judicial en el imperio de los Incas*. Lima, Perú: Librería e imprenta Gil.
- Urton, Gary. 2003. *Signs of the Inka Khipu*. Texas: University of Texas Press
- Valcárcel, Luis E. 1949. *Historia de la cultura antigua del Perú*. En Espinoza Soriano 1989.
- _____. 1978. *Historia del Perú antiguo*. t.1. Lima, Perú: Editorial Juan Mejía Baca.