

¿Hay un “Derecho” prehispánico?

Fernando de Trazegnies Granda

Abogado. Profesor de Filosofía del Derecho de la PUC.

Un problema metodológico difícil de abordar en la historiografía del Derecho peruano consiste en la aplicación de la categoría occidental de “Derecho” a una realidad profundamente no occidental como la sociedad pre-hispánica en América: ¿podemos hablar propiamente de un “Derecho” prehispánico?, ¿podemos decir que existió “Derecho” en esa América anterior a Colón?

Algunos autores no han dudado mucho al respecto. El historiador mexicano Lucio Mendieta y Núñez opina categóricamente que, si Derecho significa solamente un conjunto de reglas, entonces parecería que la América prehispánica no tiene propiamente Derecho; pero si con este término nombramos un fenómeno social que debe entenderse dentro del medio en el que se da, entonces sí es posible encontrar un Derecho americano antes de la influencia occidental aportada por la Conquista. Y, dentro de esta línea, Mendieta estudia la historia del Derecho Público, del Derecho Privado y hasta del Derecho Procesal en el México anterior a Colón.⁽¹⁾ Horacio Urteaga habla de “Un cuerpo de leyes fijo en la memoria... (de los Incas como) “base de esta organización judicial”⁽²⁾ y no vacila en hablar de jueces, régimen judicial, períodos feudales y del Tribunal de los Doce que tiene incluso secretarios letrados (*sic*), etc.⁽³⁾

Sin embargo, otros autores han sido más prudentes. Hermann Trimborn destaca que, dentro de civilizaciones no occidentales, es difícil distinguir entre la costumbre y el Derecho; y advierte que, mucho de lo que es el objeto de su estudio sobre el

delito en las antiguas culturas de América,⁽⁴⁾ “no fue, probablemente, Derecho auténtico, sino mera Costumbre”.⁽⁵⁾ Sin embargo, insiste en que su libro no pretende hacer una historia de las costumbres sino investigar realmente la conciencia jurídica de los pueblos prehispánicos,⁽⁶⁾ en otras palabras, se aferra a la idea de la existencia de un Derecho prehispánico. En realidad, Trimborn absolutiza la categoría “Derecho”, considerándola de alguna manera como una parte esencial del proceso de socialización humana, presente –de forma diferente, es verdad– en toda sociedad.⁽⁷⁾ De ahí que utilice términos eminentemente jurídicos como “delito”, “Estado” y “pena” para analizar los castigos en tiempos de los Incas. Pero, al mismo tiempo, su rigor de investigador lo lleva a plantear una serie de matices que subvierten el carácter universal del Derecho. Nos dice que el Derecho no existe conscientemente en todos los pueblos, sino que es el estudio científico posterior (de acuerdo a nuestras categorías) que puede descubrirlo. En consecuencia, el uso de la palabra “Derecho” para designar estas realidades ajenas conlleva ciertos peligros, ya que ese “Derecho prehispánico” no opera con las mismas características de aquello que nosotros llamamos Derecho. Por ejemplo, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado “está muy lejos del pensamiento jurídico de los pueblos primitivos”; y, de otro lado, en estas circunstancias es muy difícil la separación estricta entre principios jurídicos y morales.⁽⁸⁾ Como puede notarse, Trimborn se refiere a un “Derecho prehispánico” que no es nuestro Derecho; pero

(1) MENDIETA y NUÑEZ, Lucio: *El Derecho Precolonial*. 5ta. ed. Editorial Porrúa. México, 1985.

(2) URTEAGA, Horacio: *El Imperio Incaico, en el que se incluye la historia del ayllu y familia de los Incas*. Prólogo de José de la Riva Agüero. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1931, p. 204.

(3) URTEAGA, Horacio: *Op. cit.*, *passim*.

(4) La palabra alemana *Hoch*, que en este contexto significa antigua, ha sido traducida literalmente al español como *alta* en el título de

su obra. Vid. Hermann TRIMBORN: *El Delito en las Altas Culturas de América* (1936). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1968.

(5) TRIMBORN, Hermann: *Op. cit.*, p. 19.

(6) *Loc. cit.*

(7) *Ibidem*, p. 20.

(8) *Ibidem*, pp. 20-22.

tampoco puede definir claramente ese concepto que pretende significar con tal palabra, ni nos demuestra cuál es el elemento común (aparentemente universal) que permite utilizar el mismo término para nombrar tanto una relación social precolombina como una relación social netamente occidental.

Para el perspicaz espíritu histórico de Basadre, la duda no pasó desapercibida: "¿Pertenecen todos los siglos anteriores a dicha etapa (de la colonización española)", se pregunta Basadre, "a una realidad que, en sí misma, es ajena al campo del Derecho?".⁽⁹⁾ La cuestión está claramente planteada. Pero Basadre descarta demasiado rápidamente tal duda, citando a Bronislaw Malinowski: "*Tiene que haber en todas las sociedades un tipo de normas demasiado prácticas para ser refrendadas por sanciones religiosas, demasiado complejas para ser entregadas a la simple buena voluntad, demasiado importantes en relación con los individuos para ser puestas en vigor por un agente abstracto. Este es el dominio de las normas jurídicas...*".⁽¹⁰⁾ Basadre se suma así, a pesar de sus vacilaciones, a quienes piensan que el mundo prehispánico, aun cuando absolutamente ajeno a aquello que la tradición romano-occidental llama Derecho, podría decirse que tuvo también normas jurídicas.

Sin embargo, esta conclusión no es compartida por todos quienes han estudiado el problema. Por el contrario, hay muchos que piensan que el Derecho es un producto específico de una determinada historia: la historia del mundo occidental. Por consiguiente, existen numerosas sociedades sin Derecho; sin perjuicio de que cuenten con mecanismos de regulación social, aunque diferentes de aquello que llamamos Derecho.

Hay autores que no solamente han sido cautos como Trimborn ni proclives a una universalización de las categorías jurídicas occidentales sino que incluso han rechazado abiertamente la aplicación de estas categorías a las relaciones sociales prehispánicas.

Franklin Pease habló en algún momento de "delito" entre los incas siguiendo la línea abierta por Trimborn, pero precisó que esta palabra no debía entenderse en su sentido occidental: no se trata de conductas sancionadas por una ley (de acuerdo al *nulla poena sine lege* del Derecho occidental) sino más bien de situaciones ligadas a tabúes, cuya reprobación está fundada en la existencia de un orden

cósmico presidido por la religión antes que por el Derecho;⁽¹¹⁾ vale decir, conductas y sanciones muy diferentes de las que podríamos incluir propiamente en el Derecho Penal y quizá en Derecho alguno. En sus libros posteriores, Pease insiste en la necesidad de liberar la visión del mundo prehispánico de las categorías occidentales que, lejos de iluminarlo, lo distorsionan: así, critica el uso del término "propiedad" (no es que existiera o no existiera propiedad entre los incas, sino que la categoría no es aplicable),⁽¹²⁾ el concepto de herencia dinástica, etc.

Y, claro está, si rechazamos las instituciones jurídicas occidentales como modelos descriptivos de lo prehispánico, quizá debemos comenzar rechazando la idea misma de Derecho –institución de instituciones– debido a su origen y a sus connotaciones occidentales.

El Derecho que conocemos, siendo en todo caso un producto de un momento histórico determinado, tampoco constituye una realidad homogénea: está conformado por una multiplicidad de fenómenos normativos con pocos elementos en común entre sí. A tal punto que es difícil encontrar una categoría común a todas esas manifestaciones que llamamos "Derecho". Lo que hay más bien es una herencia común, una tradición –muchas veces traicionada– que proviene del Derecho romano, cuya descendencia –no su substrato– hace de eje histórico: el Derecho es el Derecho occidental, formado por continuidades y por rupturas, pero ubicadas dentro de una misma línea evolutiva.

La única forma de utilizar este término para realidades no occidentales consiste en darle un carácter absolutamente genérico; tan genérico que el Derecho resulta convertido en un fenómeno universal. Pero tal concepto genérico de Derecho sólo puede obtenerse a costa de vaciarlo de todo contenido. Para alcanzar ese nivel de generalidad tenemos que eliminar las particularidades históricas concretas: todo género es una abstracción de las especies y éstas de los individuos. Para que una noción de Derecho pueda abarcar todas las formas de regulación imperativa de las sociedades históricas tenemos que expandir este concepto, estirarlo para que cubra todo. Pero tal estiramiento conceptual tiene su precio: esta generalización lleva consigo adelgazar su contenido hasta hacerlo casi transparente. En la medida que nos alejamos de la particularidad

(9) BASADRE, Jorge: *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*. Ed. cit. p. 169.

(10) BASADRE, Jorge: *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*. Ed. cit., pp. 175-176. La cita de B. MALINOWSKI puede encontrarse en *Crime and Custom in Savage Society*. Routledge and Kegan Paul, Ltd. Londres, 1926. Parte I. Cap. XIII, último párrafo, pp. 67-68.

(11) PEASE G.Y., Franklin: *Aproximación al delito entre los Incas*. Revista "Derecho". Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 29. Lima, 1971, pp. 52-62.

(12) PEASE G.Y., Franklin: *Los Incas*. Biblioteca "Lo que debo saber". Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991, *passim*.

de cada experiencia concreta, nos vemos obligados a caer en lugares comunes bastante huecos que nos dicen muy poco de lo que realmente es el Derecho. Una ciencia jurídica o histórica que se base en definiciones del Derecho tales como "la reglamentación social imperativa" o "las normas que son suficientemente complejas, sin serlo tanto para ser sagradas" sería equivalente a una ciencia aeroespacial basada en la idea de "vehículo": la "reglamentación social imperativa" no nos permite distinguir entre experiencias tan concretas y diferentes como la muerte aplicada a base de ordalías y el derecho de los accionistas de una sociedad anónima a impugnar los acuerdos de la Junta; de la misma forma como la idea de "vehículo" no nos permite distinguir entre un transbordador espacial y las carabelas de Colón. Con estas generalidades, hemos ganado en extensión pero hemos perdido en contenido. El ser más general es el que menos determinaciones particulares tiene; pero no debe olvidarse que la ausencia de determinaciones es la nada.

Estas definiciones generales de Derecho presentan la dificultad de que no solamente albergan fenómenos muy diferentes sino incluso contradictorios entre sí. Recuerdo muy bien haber comentado en una oportunidad el problema del Derecho inca con el doctor José León Barandiarán y éste inmediatamente me replicó: "¡Pero cómo vamos a hablar de "Derecho inca" si ahí no había un sistema de derechos y obligaciones sino sólo de obligaciones! ¡Eso era una tiranía y no un sistema jurídico!".

Evidentemente, más allá de la connotación valorativa –ciertamente discutible– que implica la palabra "tiranía" aplicada al sistema de gobierno incaico, la observación del doctor León Barandiarán era muy aguda desde el punto de vista descriptivo: un substrato mínimo del Derecho es la existencia de un sistema en el que los deberes y los derechos estén correlacionados, de manera que nadie tenga derecho de exigir a otro más allá de lo determinado por el deber de ese otro y que todos puedan disponer de una acción o derecho de reclamo cuando tales límites son sobrepasados. Por ello, un sistema en el que la autoridad impone deberes pero donde no hay derechos correlativos de los individuos para reclamar, no parece un sistema jurídico: el Derecho supone la existencia de frenos y contrapesos que no son meras confrontaciones de poder sino que se encuentran debidamente reglamentados, forman un marco de razonamientos válidos o "legítimos" y se desenvuelven en un plano social específico; cuando no existe tal sistema, cuando la reclamación no puede ser formulada como un derecho que aun la autoridad debe respetar sino que tiene que ser planteada como un reclamo político, es decir, como

una puja de fuerzas, entonces no estamos ante un sistema de Derecho sino ante el libre arbitrio de la autoridad sólo contrarrestada por los poderes a los que se enfrenta.

Por otra parte, la opinión universalista de Malinowski que antes hemos citado, desliza un contrabando occidental dentro de la percepción de sociedades no occidentales. Cuando Malinowski se refiere a un "dominio de las normas jurídicas", distin-



to de la esfera de la religión y distinto de la moral o de las reglas informales sociales, está en realidad planteando una noción de Derecho autónomo. Sin embargo, la autonomía del Derecho no parece una noción que pueda ser universalizada sino, por el contrario, es una creación del mundo occidental que llega a su apogeo en el Derecho liberal del S. XIX y que encuentra su teoría propia en el positivismo kelseniano del S. XX. En cambio, aun en Occidente en la época pre-moderna –y más todavía en las civilizaciones no occidentales– parece que aquello que extensivamente podríamos llamar Derecho no se presenta separado de la religión o de la moral o de la política, sino profundamente imbricado con estos otros dominios de la acción humana, como lo señalaba Trimborn; al punto de que es imposible hablar de "dominios" o campos conceptualmente y prácticamente diferenciados. En realidad, desde una perspectiva estrictamente histórico-antropológica podría decirse que, así como las fronteras políticas de los actuales países son compartimentalizaciones espaciales muy recientes, también la distinción entre "países" conceptuales (Derecho, Moral, Religión, costumbres sociales, etc.) es inaplicable a otras épocas históricas porque las fronteras teóricas que los

constituyen como campos independientes son de origen moderno.

“ La noción de Derecho es también un producto histórico, resultado de una elaboración conceptual que se da en el interior de una determinada cultura. ”

Y es que debemos evitar caer en la tentación de considerar la ciencia como una mera comprobación o descripción de la realidad. Toda ciencia, todo conocimiento, tiene una parte importante que es aportada por el que conoce y no meramente hallada en el objeto estudiado: todo conocimiento encierra siempre un acto de constitución de la realidad observada, de fundación del conocimiento; por lo que el conocimiento resulta así necesariamente distinto de la nuda realidad. El conocimiento es una elaboración de la realidad a partir de una cierta utilería conceptual. Es por ello que una misma realidad, como la física, puede ser objeto de dos ciencias autónoma: la Física y la Química estudian la misma realidad pero desde perspectivas diferentes, es decir, con ayuda de conceptos y métodos distintos. Esto es lo que nos permite hablar de un objeto “propio” de cada ciencia, aunque este objeto sea, en los hechos, común con otras ciencias: el territorio de cada ciencia no se encuentra ahí, ya dado, con sus fronteras trazadas *in rerum natura*, sino que es el resultado de una partición intelectual históricamente situada. La ciencia es, entonces, el producto de una *coniugatio* entre la materia y el espíritu, entre los hechos y el conjunto de opciones teóricas, las series de estructuraciones conceptuales metodológicas que hacen emerger los hechos ante la conciencia organizada y los transforman en saber.

Desde esta perspectiva, la noción de Derecho no se encuentra ahí, frente a nosotros, presente en toda civilización, aguardando solamente el ojo del observador que venga a comprobar su existencia y a revelarla. La noción de Derecho es también un producto histórico, resultado de una elaboración conceptual que se da en el interior de una determinada cultura. Y este carácter histórico de la propia noción que nos sirve para fundar la Historia del Derecho, es lo que hace tan difícil este tipo de estudios cuando salimos del marco de la cultura jurídica occidental.

En efecto, en la medida en que permanezcamos en los corredores –a veces muy tortuosos– del Derecho occidental, en la medida que simplemente nos limitemos a remontar la tradición jurídica europea hasta toparnos con el Derecho Romano, es posi-

ble encontrar una relativa unidad de campo para la Historia del Derecho. A veces el concepto común de Derecho que la sostiene se hace muy tenue o incluso desaparece. Pero, si no es posible encontrar vínculos esenciales entre algunas de las formas que ha adoptado el Derecho occidental, cuando menos es posible encontrar vínculos genealógicos: sabemos que una institución, aunque diferente en su contenido, deriva de tal otra y esa de otra, y así hasta formar un árbol de filiaciones. En el límite, la vinculación entre las instituciones del Derecho occidental de los últimos dos mil años que permite agruparlas bajo el término genérico de “Derecho”, puede no encontrarse en un elemento común a todas ellas sino en una suerte de “parecidos de familia”, es decir, cada una de las formas de control social estudiadas bajo el término de “Derecho” tiene algún elemento en común con otra forma de control social, pero no necesariamente con todas las formas de control social comprendidas en el concepto de Derecho. El Derecho constituiría, así, una serie compuesta por diferentes manifestaciones antes que una esencia común, de la misma manera como cada eslabón se encuentra unido a otro hasta formar en su conjunto una sola cadena; o como todos los miembros de una familia se parecen no porque tengan algunos rasgos iguales todos ellos sino porque todos tienen algunos de los rasgos atribuidos a la fisonomía familiar, a pesar de que no hayan dos miembros de la familia que tengan todos los rasgos del tipo familiar y aunque dos personas de una misma familia puedan no tener ningún rasgo en común entre sí sino, más bien, ambas un rasgo en común con el tipo atribuido a la familia.

Quienes rechazan la universalidad del Derecho sostienen que el intento de encontrar un sistema jurídico en toda sociedad responde a dos tendencias de origen diferente, que confluyen en este punto. De un lado, se encuentran los partidarios de una cierta filosofía idealista que considera el Derecho como una forma natural de la sociedad o como una estructura de la mente humana o como un don divino a toda la humanidad. Desde esta perspectiva, el Derecho es un fenómeno universal porque es consubstancial al hombre mismo. Paradójicamente, del mismo lado, se encuentran los cultores de una cierta antropología respetuosa del pluralismo cultural que, por el temor de que se identifique el Derecho con la vida civilizada y que consecuentemente se considere que las sociedades sin Derecho son todavía salvajes, abonan la tesis de que los pueblos no occidentales participan también de la idea de Derecho y se esfuerzan por otorgar una formulación universal a este concepto que permita comprender a medios de control social diferentes de los propios del Derecho occidental.

Quienes creen en una auténtica diversidad piensan que cuando escapamos a esa cadena de filiaciones o de parecidos de familia que justifica el uso común del término “Derecho” y queremos penetrar en mundos sociales ajenos, cuando cruzamos ciertos umbrales, cuando abandonamos la casa paterna de la tradición occidental y el ala protectora del Derecho Romano para recorrer el mundo y el tiempo en otros sentidos, entonces el concepto de Derecho –nacido dentro de la tradición occidental– constituye más bien un impedimento antes que un instrumento de conocimiento. Ahí fuera, por esos territorios no occidentales, las cosas son fundamentalmente diferentes y ya ni siquiera tienen los mismos nombres ni los mismos orígenes. Frente a sociedades como las existentes en el Perú prehispánico, nos encontramos intelectualmente desarmados: categorías como propiedad, usufructo, familia, parentesco, locación de servicios, se nos caen de las manos. El jurista se siente en un país extranjero, con lenguaje diferente, entre instituciones que visten atuendos exóticos, que viven dentro de construcciones teóricas extrañas, en medio de una organización de valores cuya coherencia y sistema son elusivos para la mentalidad jurídica contemporánea.

Mucho se ha dicho sobre el anacronismo de nuestro vocabulario jurídico romano-moderno cuando se lo utiliza para denominar o encuadrar instituciones de la Antigüedad no romana. Los historiadores del Derecho más rigurosos, como Jean Gaudemet, recomiendan extrema prudencia en el uso de la terminología jurídica actual.⁽¹³⁾ Esto implica tener presente que conceptos tan abstractos pero tan básicos para entender el fenómeno jurídico, como los de “derecho subjetivo”, “generalidad de la ley”, “legalismo”, “positividad” y otros similares, son también históricos y corresponden a las características de un Derecho europeo, modelado con la ayuda de la razón sobre el ideal de una sociedad libre, desacralizada e individualista. Pero fundamentalmente no debe olvidarse que el concepto mismo de Derecho –como campo autónomo de estudio– es también un producto de esta sociedad occidental: los fenómenos que nosotros autonomizamos dentro de la categoría de Derecho no se presentan en otras sociedades de manera independiente sino formando parte de la religión, de la política, de una moral particular, formando parte de procesos sociales ajenos a la noción moderna de Derecho. Por consiguiente, aun cuando intentemos despojarnos de todos los particularismos locales y utilizar una noción

de Derecho más genérica para constituir nuestro objeto de estudio histórico, en el fondo estamos buscando en otras civilizaciones aquello que de alguna manera pudiera parecerse a nuestro Derecho occidental. Y, como en esas otras sociedades no occidentales tales elementos no se dan de manera autónoma sino profunda y quizá inseparablemente integrados con el resto de los elementos que conforman el tejido social, nuestro estudio disloca la realidad histórica estudiada y crea un objeto moderno, aunque se encuentre ilustrado y descrito estrictamente con elementos propios de la civilización estudiada.

Aparentemente, nos encontramos ante un *impasse*: una Historia autónoma del Derecho sería posible sólo con relación a aquellas sociedades donde existe un Derecho autónomo. Al intentar encontrar lo propio y específico de la sociedad no occidental estudiada, no hemos hecho sino re-encontrar nuestras propias categorías, que hemos tenido que agregar a tal sociedad con el propósito de constituir el objeto de estudio. El otro camino sería el de intentar encontrar una suerte de idea platónica del Derecho, que pudiera ser aplicable a todas las épocas y a todas las culturas. Sin embargo, ya hemos denunciado el hecho de que para llegar a esa esencia universal de lo jurídico tenemos que adelgazar el concepto de tal manera que nos quedamos prácticamente sin nada. Y, lo que es peor, esa esencia aun cuando sea muy genérica, implica una noción de autonomía que definitivamente no corresponde a la generalidad de la experiencia histórica; de manera que la esencia universal no es sino una forma de disfrazar el esqueleto mínimo de nuestra propia concepción autónoma del Derecho: así, la sombra de nuestro Derecho moderno es proyectada hacia atrás y hacia los lados a fin de recortar, con su propia silueta, una realidad que carecía en sí misma de esas distinciones.

“¿Hay, entonces, un Derecho prehispanico? Para evitar toda proyección de una sombra europea sobre las realidades precolombinas, mejor es decir que no lo hay”

(13) GAUDEMET, Jean: *Etudes juridiques et culture historique, en Droit et Histoire. Archives de Philosophie du Droit*. Sirey. París, 1959, pp. 19-20.

Este *impasse* será inevitable en la medida que la noción de Derecho a la que recurra la historiografía tenga su origen en la Ciencia Jurídica y pretenda ya sea revelar un fantasmagórico Derecho universal, una especie de fundamento ahistórico subterráneo, respecto del cual todas las experiencias históricas concretas no serían sino variantes, ya sea que más crudamente se limite a buscar de manera directa nuestra noción moderna de Derecho dentro de otros contextos socio-culturales. Pensamos que la noción de Derecho no puede ser una categoría absoluta que modela a la Historia sino, por el contrario, requiere a su vez ser historizada; es decir, el concepto de Derecho debe ser en cada caso históricamente redefinido: su sentido no puede ser tomado de la Ciencia Jurídica que es a su vez un producto de la historia misma. Como dice Paradisi, "el punto de vista del historiador del Derecho no está dentro del Derecho, sino fuera del Derecho; dentro del inmenso campo de la Historia, en la que el Derecho está también incluido".⁽¹⁴⁾

Esto nos lleva a la conclusión de que, si en todos los casos el Derecho –como fenómeno social– no puede ser estudiado solamente desde la perspectiva positiva sino entendido dentro de su contexto

histórico-social, en el caso particular del estudio histórico encontramos que la Historia del Derecho se desdibuja y pierde su autonomía científica frente a la Historia de la sociedad en general ahí donde el Derecho a su vez carece de autonomía y no fue diferenciado del conjunto de las prácticas sociales por quienes lo vivieron.

¿Hay, entonces, un Derecho prehispánico? Para evitar toda proyección de una sombra europea sobre las realidades precolombinas, mejor es decir que no lo hay, sino que existen en el mundo precolombino formas de regulación social diferentes del Derecho pero extraordinariamente efectivas. De esa manera impedimos que nuestra noción del Derecho – eminentemente occidental, lo queramos o no– se aplique sobre las situaciones anteriores a la recepción del Derecho occidental en tierras americanas y pervierta nuestro conocimiento de ellas. ■



(14) PARADISI, Bruno: *Le Dogme et l'Histoire vis-a-vis de l'historiographie juridique, en Droit et Histoire. Archives de Philosophie du Droit. Sirey. París, 1959, p. 28.*