

EL SAPAINCA COMO CREADOR DE NORMAS PENALES: VISIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MEDIANTE EL DERECHO PENAL INCA

Manuel SÁNCHEZ ZORRILLA*

Sumario: I. *Presentación* II. *El texto: el sapainca como creador de normas penales* III. *Discusiones posteriores* IV. *A modo de conclusión* V. *Bibliografía*

I. PRESENTACIÓN

La parte central de este trabajo, que denominaré *el texto: el sapainca como creador de normas penales*, fue escrita hace más de ocho años y formó parte de un estudio mayor. Ese artículo ha permanecido inédito hasta hoy, pues el archivo había desaparecido. En esta publicación he creído conveniente conservarlo en su forma original y, salvo algunos pequeños cambios y el añadido de los subtítulos, el artículo aparecerá tal como fue escrito en ese entonces.

La intención del artículo, que hoy aparece bajo el nombre de *el texto*, fue la de presentar la cosmovisión andina, de la época inca, en relación con el poder y el derecho, para lo cual se tuvo que recurrir necesariamente a la figura del sapainca. El lector se dará cuenta que es un artículo descriptivo y además prescinde de fuentes históricas primarias (con excepción de Cieza de León). Esto fue superado en este trabajo. No obstante lo señalado, el *texto* le brindará un panorama general de varios aspectos de la sociedad inca y será de mucha utilidad en las líneas siguientes, pues se ha aprovechado su potencial heurístico en el campo jurídico para escribir la siguiente sección.

En efecto, he creído conveniente añadir una sección denominada *discusiones posteriores*, en donde me ocuparé solamente de tres puntos que he considerado relevantes para el ámbito jurídico. El primero tratará sobre el

* Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.

papel que tienen los “seres divinos” en las legislaciones del pasado y del presente. Luego abordaré algunas nociones y características de la evolución de la pena. Finalmente se discutirá sobre los conceptos de “derecho” y Estado, aprovechando la duda en cuanto a la existencia del derecho en el Tahuantinsuyu.

Sin embargo, antes de adentrarnos en las secciones siguientes, será bueno considerar algunas nociones previas. Una de ellas está vinculada a lo que el cronista indio,¹ Guaman Poma de Ayala (en 1613), hizo notar cuando, hablando de los orejones, dijo que: “se llaman yngas pero no soy perfectos ci no son ynos. pobres y gente vaja ni son caballeros cino picheros destos dhos que tienen orexas solo uno fue rrey ynga primero mango capac por eso se le nombra capac q. dezir ynga es comun no es rrey cino capa capo quiere decir rrey”.² En efecto, siguiendo a Poma, la palabra *inca* no sólo significaba rey, pues había gente que no lo era y tenían ese nombre, como el *Chilque inca* (ollero), *Acos inca* (embustero), *Ruaroc-Inca llullauaric* (mentiroso), *mayo inca* (verdugo del inca), *Quillscachi equeco inca* (el que lleva chismes y mentiras).

Como se aprecia en la cita anterior, para Poma, el nombre que sería equivalente al de rey es el de *capa capo inca* y, según Garcilaso (en 1619), “para distinguir al rey los demás Incas le llamaban Zapa Inca, que quiere decir ‘Solo señor’”.³ Este último nombre es el que ha tenido mayor aceptación en los historiadores contemporáneos; por ello, en el título de este artículo usamos el nombre de “sapainca” para identificar solamente al soberano del Estado incaico.

Por otro lado quisiera esclarecer que, si bien se ha hecho habitual escribir “derecho” con mayúscula inicial, me reservo la utilización de esta mayúscula para poder distinguir entre el derecho, entendido como conjunto de normas, y el derecho, entendido como la *ciencia* del derecho. Así, cuando se escriba derecho penal, es evidente que se está aludiendo a las normas penales, pero si se escribe derecho penal, se hace alusión a la *ciencia* que

¹ Quisiera esclarecer que el término indio en la época de la conquista no tenía la misma connotación despectiva que tiene en nuestro tiempo. Indio se llamó al natural de las Indias Occidentales, indio era por tanto una categoría jurídica y fiscal. Para profundizar en cuanto la evolución del término hasta llegar a convertirse en insulto, puede verse a Méndez G., Cecilia, “De indio a serrano: nociones de raza y geografía en el Perú (siglos XVIII-XXI)”, *Histórica*, Lima, vol. 35, núm. 1, 2011, pp. 53-102.

² Guaman Poma de Ayala, Felipe, *El primer Nueva Crónica y Buen Gobierno, Interpretada por el TNT Coronel Luis Bustíos Gálvez*, Lima, Editorial Cultura, 1956, t. I, p. 329.

³ Garcilaso de la Vega, Inca, *Historia general del Perú: segunda parte de los Comentarios Reales de los Incas*, México, Editorial José M. Cajica J. R., s. a, p. 59.

estudia esas normas (lo cual no es invención mía sino que es el uso prescrito por la Academia). También es pertinente aclarar que el término “norma” se utiliza únicamente como sinónimo de prescripción jurídica y no se ingresará en las discusiones actuales dentro de la lógica deóntica ni de la filosofía del derecho.

II. EL TEXTO: EL *SAPAINCA* COMO CREADOR DE NORMAS PENALES

1. *La organización socio-política del Tahuantinsuyu*

En toda sociedad organizada siempre existe una clase dirigente en quien recae la responsabilidad del manejo y control social. En el Estado incaico, el “sapallan kapaj apu Inca Intipchurin, es decir: el solo señor poderoso hijo del sol”,⁴ era la figura máxima de esta clase dirigente. Él estaba dotado de atributos no sólo humanos, sino que poseía además las virtudes de un Dios.

Como se sabe, el Tahuantinsuyu estuvo desde sus inicios anexando curacazgos. Lo hizo de una forma lenta al principio, mas desde que Pachacutec fuera elegido como sapainca,⁵ se hizo de una forma acelerada. Tal cambio trajo consigo modificaciones en la estructura estatal. En efecto, si estos cambios no se hubieran presentado no hubiera sido posible su continuidad. Entonces, “la supervivencia misma del imperio exigía una rigurosa administración de la sociedad, apenas reducida y anejada una etnia, su población era inmediatamente organizada y jerarquizada en función del sistema imperial”.⁶ Los funcionarios cuzqueños hicieron posible este cambio gracias a ritos de alianzas o mediante la fuerza.

⁴ Valcárcel, Luis E, “El Estado inca”, en Espinoza Soriano, Waldemar (comp.), *Los modelos de producción en el imperio de los incas*, Lima, AMARU editores, 1949, p. 152.

⁵ A Pachacutec no le bastó con derrotar a los chancas, sino que tuvo que ser aceptado por la élite cuzqueña. Cieza (en 1550) señala que tuvo que pedir a los orejones que le diesen “el señorío y gobernación del imperio”. Cieza de León, Pedro de, *El señorío de los incas*, Lima, Editorial Universo S. A., 1977, p. 165. Por eso es factible decir que Pachacutec no heredó el puesto de sapainca (al estilo occidental), por el contrario tuvo que demostrar sus cualidades salvando al Cuzco de la invasión chanca. Pero eso no fue suficiente, los orejones debieron elegirlo; de no haberlo hecho, es probable que hoy no tuviéramos ninguna noticia de él.

⁶ Silva Santisteban, Fernando, *Desarrollo político de la civilización andina*, Lima, Fondo de desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1997, p. 165. Aclaramos que la idea del Tahuantinsuyu como un imperio no es aceptada por todos los historiadores; por ejemplo, para Pease, lo clave es averiguar los mecanismos de “colonización” que utilizaban los incas, de modo tal que se pueda saber ¿cuál era el grado de consentimiento que daban las etnias para formar parte del Tahuantinsuyu? En el pensamiento de Pease (e incluso en el de Rost-

2. La divinidad del Sapa Inca como fundamento de validez de las normas

En la actualidad los historiadores no se han puesto de acuerdo sobre si existió o no una dualidad en el poder; es decir, no sabemos si sólo existió un Inca que gobernaba o a la vez hubo otro con idénticas características. Lo que pudo ocurrir es lo que sostiene Waldemar Espinoza,⁷ hubo dos Incas, pero uno se dedicaba a las actividades religiosas y el otro a lo político y lo administrativo. Uno era el sumo sacerdote (el esclavo del Sol) y el otro era el sapa Inca (el hijo del Sol). El supremo sacerdote podía reemplazar al sapa Inca en situaciones de ausencia, enfermedad o muerte. El reinado conjunto, propuesto por Rostworowski,⁸ también es otra posibilidad.

Pese a las dudas indicadas, es innegable que en la cúspide de la jerarquía del Tahuantinsuyu se encontraba el sapa Inca (uno o dos). Éste era pues un hombre-Dios, era el ordenador del mundo, un arquetipo. Para Waldemar Espinoza, “venía a ser el vocero de los dioses mayores, y el Estado una hechura de esos dioses. El sapa Inca acababa así como el representante divino en el mundo”.⁹ A esta creencia en la divinidad del sapa Inca con el fin de conservar el poder, la antropología la denomina “ideología legitimizante”. Esta ideología es promovida por la clase dirigente para justificar su comportamiento que suele ser explotador.¹⁰

Tenemos entonces que existe una clase dirigente, cuya máxima figura es el sapa Inca, que impone una “ideología legitimizante” sobre la mayoría de la población, y ésta la acepta como una verdad incuestionable. Entenderlo es importante por la necesidad que tenemos de comprender el pensamiento de los pobladores del Tahuantinsuyu. (Podría decirse que en la actualidad nosotros poseemos también una “ideología legitimizante”: la democracia).

worowski) el Tahuantinsuyu se constituiría en una estructura política no comparable con las existentes en otras partes del mundo. Véase Pease, Franklin, “La Formación del Tahuantinsuyu: Mecanismos de Colonización y Relación con las Unidades Étnicas”, *Histórica*, Lima, vol. 3, núm. 1, julio de 1979, pp. 97-120.

⁷ Espinoza Soriano, Waldemar, *Los incas*, Lima, AMARU Editores, 1997, p. 289.

⁸ Rostworowski de Díez Canseco, María, *Pachacutec Inca Yupanqui*, Lima, Perú, s. e., 1953.

⁹ Espinoza Soriano, Waldemar, *op. cit.*, pp. 301 y 302.

¹⁰ La ideología legitimizante es el “sistema de creencias y modelo de interpretación de la existencia y las formas de vida social vinculado a los intereses políticos y económicos del grupo dominante que legitima. La ideología es así un estado de la conciencia social históricamente determinado. [Concluiremos diciendo que es] un sistema de ideas que permite justificar el poder de un grupo sobre el resto de la sociedad”. Silva Santisteban, Fernando, *op. cit.*, p. 31.

El sapainca aparece entonces como una autoridad divina, es él quien sirve de puente entre Dios y su pueblo, por tanto, cuando el sapainca decretaba las leyes no eran asumidas como la voluntad de un gobernante, sino que eran consideradas como una revelación de su Dios,¹¹ producto de esto, el sapainca aparece como una persona intachable, perfecta; es decir como un *arquetipo*, un modelo por seguir.

Esto significa que las leyes y el funcionamiento de la sociedad inca dependían de la voluntad de los dioses, no obstante, para que esta voluntad divina sea conocida por el pueblo se requería de un intermediario, es ahí donde aparece el papel del sapaninca. Basadre señala que:

Todos los pueblos han creído que sus dioses o su Dios les entregaron o revelaron “las tablas de la ley”. El antiquísimo código de Hammurabi tiene una representación alusiva al rey en el acto de recibir tan precioso mensaje del dios solar *Shamas* “juez del cielo y de la tierra”. *Manu* es la fuente de las leyes hindúes y *Jehová* de la ley mosaica.¹²

3. Los límites en cuanto a la creación de las normas

Según lo dicho anteriormente, el Inca aparece como un gobernante con el poder de implantar las leyes que se le antoje, pues siendo él el hijo de Dios y también un Dios (idea muy cristiana por cierto esta forma de presentar al sapainca por los cronistas), no existía ningún obstáculo que se lo impidiera, salvo su voluntad.

Sin embargo, todo hombre siempre es producto de su tiempo y de su entorno social; es decir, siempre existen ciertos patrones de conducta que nos obligan inconscientemente a comportarnos de un modo preestablecido. Veamos entonces qué era lo que ocurría con el sapainca.

En la actualidad, en la cosmovisión andina, se llama “re-creación” a la visión de la vida no lineal, que es como la vemos nosotros, sino cíclica,

¹¹ Sería erróneo pensar que sólo en el Tahuantinsuyu y en “civilizaciones primitivas” ocurría esto. En la Europa cristiana ocurría lo mismo, había pues otra “ideología legitimizante”. Bustos Ramírez señala que la “legitimidad era de carácter absoluto, pues provenía de Dios. Por eso mismo los reyes absolutos utilizaron abundantemente la epístola de San Pablo a los romanos, conforme la cual las autoridades existentes habían sido establecidas por Dios y serían ministros de Dios para castigar al que obrara mal”. Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 1986, pp. 20-21. Más adelante, en la sección 1 de la parte III, se profundizará sobre este tema.

¹² Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de derecho peruano*, Lima, Studium ediciones, 1984, p. 84.

circular, “todo está dándose continuamente, generándose y regenerándose manteniendo y renovando su armonía interior”.¹³ De este modo su cultura se mantiene intacta, Raúl Porras se refería a la re-creación cuando sostenía que:

El indio peruano, tanto de la costa como de la sierra, y, particularmente, el súbdito de los Incas, tuvo como característica esencial, un instituto tradicional, un sentimiento de adhesión a las formas adquiridas, un horror a la mutación y al cambio, un afán de perennidad y de perpetuación del pasado, que se manifestaba en todos sus actos y costumbres.¹⁴

Por eso Manco Cápac aparece re-creado en Sinchi Roca, y así con todos los otros Incas. Esta re-creación políticamente cumplió con la función de mantener la “ideología legitimizante” puesta en práctica; así cada nuevo Inca se preocupaba por imitar a su predecesor, “reproduciendo sus grandes obras e imitando sus acciones, hechos, obras, y pensamientos”.¹⁵ A la misma conclusión llegó Baudin:

La ley era la voluntad del Inca; no tenía por consiguiente, ningún elemento de estabilidad en sí misma, pero el notable espíritu de continuidad que demostraron los soberanos suplía la ausencia de textos; cada uno de los jefes seguía tan perfectamente a la política de su predecesor, que un mismo hombre que hubiese vivido dos siglos, no habría obrado de otra forma.¹⁶

Todo lo anterior se explica, en parte, por la ausencia de escritura en el Tahuantinsuyu, y esto porque en “un pueblo ágrafo era sumamente importante tener organizado el mantenimiento de la tradición”.¹⁷ Por lo tanto, desde esos tiempos podemos ubicar el origen de la re-creación que persiste hasta nuestros días. Ésta permitió que existiera una estabilidad en todos sus actos. En el derecho ocurrió lo mismo; es decir, hubo un derecho con leyes estables y esto se debió a que:

¹³ Grillo Fernández, Eduardo, *La cosmovisión andina de siempre y la cosmología occidental moderna* (segunda versión revisada), manuscrito mecanografiado no publicado, biblioteca particular del autor, s. a., p. 17.

¹⁴ Porras Barrenechea, Raúl, *Mito tradición e historia del Perú*, Lima, Retablo de papel ediciones, 1973, p. 15.

¹⁵ Espinoza Soriano, Waldemar, *op. cit.*, pp. 289.

¹⁶ Baudin, Louis, *El imperio socialista de los incas*, Lima, Editorial Zic-zac y Ediciones Rodas, 1978, 142.

¹⁷ Rostworowski de Diez Canseco, María, *Estructuras andinas del poder*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1983, p. 131.

Manco Capac es un arquetipo jurídico, que ha dejado establecidas todas las leyes que sus sucesores usan y ponen en ejecución oportunamente [...]; la previsión legal “fuera del tiempo” es posible tanto por la capacidad divina de trascenderlo, por el hecho inevitable de la repetición ritual que cada Inka realiza de los actos del primero.¹⁸

El segundo arquetipo jurídico para Pease fue Pachacutec. Existen entonces sólo dos arquetipos jurídicos en la historia del Tahuantinsuyu. El resto de Incas solamente se valdrán de la re-creación para permitir la vigencia de las leyes dadas. Ahora bien, y apartándonos del pensamiento de Pease y de Rostworowski (véase nota 6), podemos decir que la importancia transmitida por los cronistas a estos dos Incas se puede deber a que el primero está relacionado con el surgimiento del Estado inca, mientras que el segundo está vinculado al cambio de ese Estado a un Estado imperial.

III. DISCUSIONES POSTERIORES

Una vez leído *el texto*, es importante que le quede claro que la figura del sapainca se constituye como la que articula y hace posible el funcionamiento de todo el Tahuantinsuyu. Efectivamente, el sapainca poseía una serie de características divinas que lo convertían en un hombre-Dios. Estas características eran muy bien difundidas y guardadas por la clase dirigente de aquel entonces. Por lo cual, los orejones cuzqueños debieron tener mayor influencia y poder del que creemos actualmente. Recordemos también que gracias a ellos la estabilidad legal pudo ser posible. En efecto, la esposa del sapainca Wiracocha tuvo que detenerlo de quemar las huacas e ídolos de *Ticzi Viracocha* diciéndole: “que no pronunciase la sentencia q. muriria ci herrava. La ley de sus antepasados”.¹⁹ Se nota entonces no solo el respeto a la tradición sino que también la fuerza externa de la élite (¿quiénes otros podrían ser capaces de sancionar al Inca?).

A pesar de ello, el sapainca se presentaba como una figura divina ante los ojos del poblador común y eso hacía posible el funcionamiento del Estado. Ahora bien, *el texto* ha generado algunas dudas que se pueden resumir en estas: ¿cuál es el papel que tienen los seres divinos en las legislaciones de ayer y hoy? ¿Cuán duras fueron las penas incas en comparación a otras?

¹⁸ Pease Franklin, “Los Incas”, *Historia del Perú antiguo*, Lima, Editorial Juan Mejía Baca, 1980, t. II, 224.

¹⁹ Guaman Poma de Ayala, Felipe, *op. cit.*, p. 344.

¿Es posible hablar de un derecho inca? A estas tres preguntas les daremos respuesta en las secciones siguientes.

1. Sobre la intervención de los seres divinos en las legislaciones

Menciona Garcilaso (en 1609), sobre las leyes establecidas para el orden en el Tahuantinsuyu, que “el Sol las mandaba hacer y las revelaba a su hijo el Inca”.²⁰ Esta versión es bastante probable, pues como vimos, Jorge Basadre hace notar que “Todos los pueblos han creído que sus dioses o su Dios les entregaron o revelaron «las tablas de la ley»”.²¹ Esta parece ser una característica universal de la justificación del poder y la validez del derecho. Pero la relación entre la divinidad y las leyes se puede presentar de otras formas, tal como veremos en las líneas siguientes.

Recordemos lo que se puede leer en la parte inicial del viejo código: “...me señalaron a mí, Hammurabi, príncipe piadoso, temeroso de los dioses, para proclamar el Derecho en el País, para destruir al malvado y al perverso, para impedir que el fuerte oprimiera al débil...”.²² De este modo, el rey Hammurabi daba a conocer a su pueblo la base de su poder sobre ellos. Es lo que se ha llamado en *el texto* “ideología legitimizante”.

El Código de Hammurabi es uno de los vestigios de escritura más antiguos de los que tenemos razón hoy, y gracias a él conocemos que la primera justificación del poder, y la subsiguiente legislación, se encuentra en Dios. Este comportamiento de tener presente a alguna divinidad, que podría considerarse como superado, y precisamente por ello, como criterio para hablar de un derecho primitivo separándolo del actual; no es adecuado. Efectivamente, lo único que nos puede decir el hecho de aludir a un ser divino en las legislaciones, es que nos encontramos frente a una característica del hombre, la cual consiste en creer en algo que está sobre él. Pues bien, en el ámbito jurídico esta creencia puede ser usada de dos formas: como justificación del poder o como invocación de ayuda divina.

Si tenemos en cuenta que las leyes jurídicas no son construcciones aisladas o formales como lo son los números, entonces ellas tienen que tener algún fundamento que las sostenga, tales como: *Dios, la voluntad popular,*

²⁰ Garcilaso de la Vega, Inca, *Comentarios reales de los incas*, Lima, Vitruvian Publishing House, 2009, p. 93.

²¹ Basadre Grohmann, Jorge, *op. cit.*, p. 84.

²² *El Código de Hammurabi*, 4a. ed., trad. de Federico Lara Peinado, Madrid, Editorial Tecnos, 2008, p. 3.

el contrato social, el poder constituyente, y un sinnúmero de respuestas que se hayan dado sobre ello. Carré de Malberg²³ nos informa que la teoría sobre el origen del poder en Francia, antes de 1789, se fundamentaba en una visión teocrática del derecho divino; es decir, que la facultad de gobernar procedía de Dios, quien había designado y predestinado a una familia para que lo ejerza en su nombre. Gracias a este principio del derecho divino, el rey podía actuar como titular de un poder que era a la vez ilimitado y exclusivo. Esta forma de justificación del poder ha sido dejada de lado en el “derecho occidental”.

Por otro lado, en Arabia Saudita podemos encontrar que aún hoy convergen las dos formas de creencia en la divinidad. En efecto, dentro del derecho musulmán se encuentra el *Shari'ah* o *Sharia* que puede considerarse como un “Código Legal” (que abarcaría nuestros códigos civiles y penales). *Sharia* significa *el camino al manantial*, y es la expresión de la orden de Dios para la sociedad musulmana.²⁴ Es pertinente aclarar también que el derecho musulmán actual, a pesar de haber sufrido cambios gracias a los tratados y a la globalización, además de que ya no posee la misma fuerza en la mayoría de países que lo adoptan, aún sigue teniendo como característica principal su alto contenido religioso.

Sin embargo, no debemos ir tan lejos para poder apreciar la intervención de la divinidad en las legislaciones actuales. Veamos pues una parte del preámbulo de las constituciones de Bolivia y Ecuador, ambas dadas el 2009: “Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”. Y la de Ecuador: “Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad...”.

Notamos en estos dos últimos ejemplos que la divinidad ya no es usada para justificar el poder sino que, solamente se la invoca. Podemos darnos cuenta que se produce esta invocación no sólo como reconocimiento de su existencia, pues parece que además se lo haría con la finalidad de pedir su protección.

En nuestro país se presenta el mismo fenómeno. En la Constitución de 1993 se lee: “... invocando a Dios todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones

²³ Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, México, Facultad de Derecho de la UNAM y el Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 872 y 873.

²⁴ Encyclopædia Britannica, s.v. “Shari'ah” [consultada el 24 de julio de 2012], <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/538793/Shariah>.

que nos han precedido en nuestra patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución”.

Con toda claridad, Domingo García Belaunde, señalaba que nuestro país “ha tenido tan sólo once constituciones y son las siguientes: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979”.²⁵ Con la vigente tenemos doce en total. De ellas, solamente en una no se invoca a Dios y es en la de 1933. Pero en todas las demás está presente, tal y como veremos a continuación:

1823: *En el nombre de Dios, por cuyo poder se instituyen todas las sociedades y cuya sabiduría inspira justicia á los legisladores.*

1826: En el nombre de Dios.

1828 y 1834: En el nombre de Dios Todo-Poderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, Supremo Autor y Legislador de la Sociedad.

1839: En el nombre de Dios trino y uno, Autor y Supremo Legislador de las sociedades.

1856: Bajo la protección de Dios, la Convención nacional convocada por la voluntad de los pueblos para constituir la República, da la siguiente Constitución.

1860: Bajo la protección de dios

1867: ...bajo la protección de Dios, ha sancionado la siguiente...

1920: ... invocando los sagrados nombres de Dios y de la Patria, ha dado la siguiente:

1979: invocando la protección de Dios, y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo del Perú nos ha conferido.

Es pertinente indicar que no estamos confundiendo la invocación a la divinidad con la adopción de una religión especial o con la actitud del Estado frente a las opciones religiosas de sus ciudadanos. Ambas son cosas distintas. El ejemplo claro es la Constitución peruana de 1933, en donde no se invoca a la divinidad, pero su artículo 232 decía: “Respetando los sentimientos de la mayoría poblacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para sus respectivos cultos”.

Una religión no viene a ser más que una aceptación organizada del culto a alguna divinidad. En este artículo, cuando se alude a la divinidad no necesariamente se alude a la existencia de una religión, ni mucho menos a una “religión oficial” sino únicamente a un sentimiento de la presencia de algo

²⁵ García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones en el Perú*, 2a. ed., 2005, p. 7. www.garciabelaunde.com/biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf.

que está más allá de esta vida y que tiene la posibilidad de influirla. Podría decirse, con razón, que la última idea también está presente en el concepto de religión; no obstante, hay que recordar que ésta no se identifica únicamente con ella.²⁶

Ahora bien, regresando al tema de la invocación a la divinidad, podría decirse que los ejemplos anteriores provienen de países *tercermundistas* que aún viven en alguna etapa primitiva; por ello, a continuación veremos los preámbulos de dos países a los que no se les puede acusar de ello.

En la Constitución de Alemania se lee: “Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental”.²⁷ Mientras que en la Constitución Federal de la Confederación Suiza, del 18 de abril de 1999, notamos un sentimiento de mayor afectividad que la alemana, en cuanto a la forma utilizada para invocar a la divinidad:

¡En nombre de Dios omnipotente!
El pueblo suizo y los cantones,

²⁶ En efecto, consideramos que sólo la creencia en una divinidad no es suficiente para configurar la existencia de una religión. Se puede aceptar que la religión es: “un sistema solidario de creencia y prácticas relativas a cosas sagradas, es decir, separadas, prohibidas, creencias y prácticas que unen en una misma comunidad moral, llamada Iglesia, a todos los que se adhieren a ellas” Durkheim, Émile, *Las formas elementales de la vida religiosa*, trad. de Ana Martínez Aracón, Madrid, Alianza Editorial, [1912] 2003, pp. 92 y 93. En realidad no existe uniformidad en cuanto a lo que sea una “religión”. Por ejemplo, en el campo jurídico, Cabanellas señala que es: “Creencia en lo sobrenatural; en un principio y en un final ajenos al hombre; en una justicia suprema y definitiva, sin error posible”. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 28a. ed., revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2003, t. VII, p. 122. Mientras que, en 1879, García Calderón la definía como la “Virtud moral con que adoramos y reverenciamos á Dios como á primer principio de todas las cosas; ó bien a la unión del hombre por medio del espíritu y del corazon con el Ser Supremo, que como causa primera y providencia inteligente sostiene el mundo y le gobierna segun las leyes á que le ha sometido”. García Calderón, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, ed. facsímil de la 2a. ed., Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007, t. II, p. 1660. Es evidente que en estas dos definiciones se alude más a un sentimiento subjetivo que a un fenómeno social. Nuestra conceptualización está influenciada por el trabajo de Durkheim citado al comienzo.

²⁷ Los alemanes nombran a su Constitución vigente “Ley Fundamental de la República Federal de Alemania” que fue confirmada en 1949. Es oportuno manifestar que todos los países citados han sido elegidos con criterios libres y no obedecen a ninguna selección de tipo estadística.

Conscientes de su responsabilidad frente a la Creación...

Como se ha visto, desde sus orígenes las legislaciones toman en cuenta la invocación a algún ser divino. En un principio la divinidad fue utilizada para justificar el poder; sin embargo, hoy es utilizada como garante y protector de ella. El caso de Alemania y Suiza son ligeramente diferentes, pues si bien es cierto que se invoca a Dios, se lo hace como una figura paterna ante quien se tiene que dar cuenta de los actos realizados.

Por otro lado, también es cierto que no en todas las legislaciones, a menos en el ámbito constitucional, se invoca a la divinidad. Tal es el caso de la Constitución china (1946), francesa (1958) y de la Federación rusa (1993), entre otras. Visto así, se puede llegar a afirmar que no existe uniformidad en cuando a la invocación a la divinidad, por cuanto en unos países se lo hace mientras que en otros no. Sin embargo, que se acepte este hecho no significa que se invalide la afirmación hecha en el párrafo anterior.

2. Sobre las penas

No es de extrañar que los primeros castigos aparezcan ante los ojos de hoy como espeluznantes y perversos. De hecho, el mismo nombre, “pena”, hace notar que la función del castigo es la de atormentar, la de hacer sufrir, la de causar daño, en fin, la lista es enorme. Pero todas se pueden resumir en esa sola palabra: “pena”. El sentimiento que uno tiene por una persona en mal estado es el de pena. *Dar pena a alguien* quiere decir que los demás se conmueven por nosotros, nos sienten lástima. Ambas nociones, la de castigo y la del sentimiento de aflicción se encuentran unidas.

Jiménez de Asúa, en emotivas frases manifestaba que “todo el derecho penal, que está cubierto de sangre y que amadriga en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la humanidad”.²⁸ Es oportuno señalar que esta afirmación solamente se la entiende gracias a la separación temporal que hoy vivimos de aquellas épocas. Podría decirse que con el paso del tiempo nos hemos vuelto más civilizados, que a lo mejor hemos aprendido de nuestros errores y ahora, a inicios del siglo XXI, somos mejores al tener sentimientos de rechazo ante las penas pasadas.

²⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito: principios del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1980, p. 32.

Es cierto que el derecho penal de hoy es visto con otros ojos; sin embargo sigue siendo un viejo conocido nuestro que nos ayuda a castigar, con la idea de corregir muchos actos considerados dañinos para la sociedad. Existen autores, como Carneluti,²⁹ quien sostiene que el derecho solamente se presenta en un estadio de la historia y el hombre hace uso de él para pasar a una nueva etapa en donde ya no lo necesitará. Los marxistas pensaban que el derecho era producto de una sociedad determinada: la capitalista, y que iba a desaparecer cuando ésta desapareciera.³⁰ El único punto en común de estas dos posturas sobre el derecho es que apuntan a una sociedad en donde haya desaparecido (al menos de nombre). Lo cual significa que el ser humano ha tenido que evolucionar para lograr que esto sea posible. Sin embargo, esto se presenta hoy como una fantasía difícil de lograr, aunque es bueno reconocer que se han dado pasos enormes desde las primeras legislaciones.

De lo manifestado en líneas anteriores, y lo escrito en *el texto*, se puede afirmar que en sus orígenes el derecho penal aparece como un derecho encaminado únicamente a regularizar la venganza; es decir, a evitar la venganza privada pero a seguir funcionando como venganza. Fundamentaremos lo dicho dando a conocer algunas penas reguladas en el Código de Hammurabi:³¹

§ 195. Si un hijo ha golpeado a su padre, se le amputará su mano.

§ 196. Si un señor ha reventado el ojo de (otro) señor, se reventará su ojo.

§ 197. Si un señor ha roto el hueso de (otro) señor, se le romperá su hueso.

§ 198. Si ha reventado el ojo de un subalterno o ha roto el hueso de un subalterno, pesará una mina de plata.

§ 199. Si ha reventado el ojo del esclavo de un particular o ha roto el hueso del esclavo de un particular, pesará la mitad de su precio.

§ 200. Si un señor ha desprendido (de un golpe) un diente de un señor de su mismo rango, se le desprenderá (de un golpe) uno de sus dientes.

En primer lugar notamos lo drástico de las penas, pero aunado a esto también notamos la división de las personas en clases. Así pues la conocida

²⁹ Carnelutti, Francesco, *Arte del derecho: seis meditaciones sobre el derecho*, Lima, Ara, 2006.

³⁰ Véase Pashukanis, Eugeni, *Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Labor Universitaria, 1976. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2004.

³¹ Hammurabi, *op. cit.*, p. 37.

frase “ojo por ojo y diente por diente” (producida de unir el § 196 y § 200) sólo se aplicaba cuando de *señores* se trataba, mas no cuando la víctima era un esclavo.

Nadie puede negar que el derecho penal de la antigüedad se presenta como draconiano, en el Tahuantinsuyu ocurría lo propio. Las penas recogidas por los cronistas eran aterradoras, pero seguramente no más que las creadas por la *inquisición*, así es que tampoco es para escandalizarse tanto.

En tiempos incas existía la pena de muerte, la tortura y todos los castigos imaginables. La prisión inca más temida se llamaba “sancay”, que era una poza oscura a donde iban a pagar sus penas los grandes delincuentes. Guamán Poma la ha dibujado, en ella se ve a un preso atormentado por una serie de animales salvajes traídos desde todas las regiones. También ha llegado hasta nosotros la noticia de que Yahuar Huacac, “por no ber castigar a los culpados le mandó que hiziesen las cárceles fuera de la ciudad [...] cárceles penables y donde se castigavan cruelmente”.³² La reacción de este séptimo sapa inca es bastante reveladora de lo severas de las penas de aquel entonces. Es evidente que la cárcel temida por Yahuar Huacac, por la crueldad de los castigos dados ahí dentro no era un lugar únicamente de pena privativa de libertad sino que se presenta como un centro en donde se cumplían penas corporales. Otro ejemplo de estas cárceles son las mandadas hacer por Tupac Yupanqui, de las que se cuentan que eran “de tan extraño horror que sus vasallos temblaban con sola la noticia que de sus entrañezas oyan contar”.³³

Esto nos lleva a esclarecer que las cárceles en el Tahuantinsuyu eran usadas como lugares en donde se cumplían las penas, como centros de custodia y como penas en sí mismas. Es decir como penas privativas de libertad, aunque en estos últimos casos era de uso exclusivo para la élite, pues el concepto de libertad no era el mismo para todos los pobladores del ande de aquel entonces.³⁴

Las cárceles que servían de centros de custodia eran llamadas cárceles del inca, como nos lo informa Murúa (en 1616):

³² Santa Cruz Pachacuti Yamqui Salcamaygua, Joan de, Relación de antigüedades deste reyno del Pirú, Cuzco, Institut Français D’Études Andines y Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de Las Casas”, 1993, p., 216.

³³ Cabello de Valboa, Miguel, Miscelánea Antártica: una historia del Perú antiguo, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Letras-Instituto de Etnología, 1951, p. 353.

³⁴ Sobre las cárceles incas como privativas de libertad ver Sánchez Zorrilla, Manuel y Zavaleta Chimbor, David, *Derecho penal en el Tahuantinsuyu*, Lima, Casatomada, 2011, pp. 87-90, 111-118.

cárcel del Ynga, que era solamente para los principales, y caciques hijos de señores y capitanes cuando cometían algún delito y, como hemos dicho mientras se averiguaba los ponían ahí [...] cuando la culpa era liviana los soltaban libremente y, si era grave y se le probaba, mientras el Ynga consultaba de lo que en ellos se debía de hacer, le metían en otra cárcel más fuerte y de más guardia.³⁵

Por otro lado, cuando Garcilaso afirma que los incas “nunca tuvieron pena pecuniaria ni confiscación de bienes, porque decían que castigar en la hacienda y dejar vivos los delincuentes no era desear quitar los malos en la república sino la hacienda en los malhechores y dejarlos con más libertad para que hiciesen mayores males”;³⁶ lo que hace es transmitirnos los criterios de reacción que tuvieron los incas frente a la delincuencia. Es decir, en esta frase de Garcilaso es factible localizar la *política criminal inca*.³⁷ Puede decirse entonces que los incas utilizaron sus penas como ejemplificadoras, hoy diríamos que cumplían un papel de prevención general y especial.

Ahora bien, las reflexiones de lo que sea la pena, de sus fines que debe cumplir en la sociedad, de la forma de castigar y sus límites, aunada a meditaciones sobre el poder punitivo del Estado, se encuentran dentro de la llamada *teoría de la pena*. Estas reflexiones pueden encontrarse desde Platón (en *Protágoras* y *Las leyes*) hasta Jakobs, pero son muy difíciles de localizar en una sociedad ágrafa como la inca. Seguramente que las hubieron, pero como reflexión y discusiones orales a cerca de ¿qué castigar y cómo hacerlo? Pero estas discusiones sólo pudieron trascender a un conocimiento sistematizado en las sociedades con escritura, y esto permite identificar a Platón como el iniciador de ella. En nuestros días, la teoría de la pena es tan importante que el derecho penal actual necesita dedicarle algunas páginas antes de exponer las construcciones dogmáticas de su área.

³⁵ Murúa, Fray Martín de, *Historia general del Perú*, Madrid, DASTIN, 2001, pp. 343-345.

³⁶ Garcilaso de la Vega, Inca, *op. cit.*, p. 92.

³⁷ Se puede “concebir la Política criminal y otros ensayos de elaboración de la delincuencia no sólo como una ‘lucha contra el delito’, sino como un proceso social, en el que también deben ser considerados crítica y productivamente los intereses que existen en esa lucha”. Hassemer, Winfried y, Conde, Francisco Muñoz, Introducción a la criminología y al derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 58. Aunque resulta más claro decir que es el “Conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”. Delmas-Marty, Mireille, Modelos actuales de política criminal, trad. de Marino Barbero Santos, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1986, p. 19.

3. Sobre el derecho y la organización estatal

Probablemente, manifestar que existió un *derecho* en el Tahuantinsuyu sea la afirmación más polémica del artículo, al menos lo es para los historiadores actuales de derecho peruano. Para colmo de males, en *el texto*, no se dedica ninguna línea en donde se discuta esta posibilidad. En realidad se parte del supuesto de que existía un sistema regulatorio que se hacía merecedor de ser llamado “derecho”, por ello únicamente se trató de una de las fuentes que posibilitaron ese sistema regulatorio: el *sapaínca*.

En el tiempo en que escribí el artículo ya estaba convencido de que *el derecho es producto de la evolución de las relaciones humanas* (pero no en el sentido marxista ni en el de Carnelutti). Esta hipótesis tiene dos consecuencias notorias. La primera es que *el derecho no existió desde siempre*, y la segunda es que *el derecho es un artefacto*.

Que el derecho sea un artefacto significa que fue creado por el hombre (*Homo sapiens* en la clasificación de von Linné), por lo que el derecho se presenta como un producto cultural y no como algo natural³⁸. En efecto, no podemos decir que todos los hombres vengamos con una programación genética de un *derecho*. Si tuviéramos esa programación no existirían crímenes y por lo tanto no existirían estas pautas regulatorias que llamamos *derecho*. Aún más, si el derecho fuera algo con lo que ya venimos programados con anterioridad, entonces no se hubieran producido los diversos sistemas jurídicos, los cuales, aún hoy, varían de un lugar a otro.

La evolución actual del derecho occidental, con el paso a un constitucionalismo e incluso a un neoconstitucionalismo, aunado a que existen diversos sistemas jurídicos que varían en cuanto a la protección que se le brinde a sus ciudadanos (por ejemplo, compare las penas y el procedimiento del derecho chino, el musulmán y el alemán), hacen ver que el derecho no puede ser algo natural, sino creado.

³⁸ Nótese que no identifico artefacto con máquina o aparato. Esto se debe a que estoy usando el término artefacto en el sentido que se utiliza dentro de la filosofía de la tecnología. Para ello puede consultarse los siguientes diccionarios: Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, 5a. ed., trad. de María Dolores González Rodríguez, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007; Quintanilla, Miguel Ángel, *Breve diccionario filosófico*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1991.

Ahora bien, existen muchas cosas creadas por el hombre que no se las puede encontrar en todos los lugares del mundo. Las excavaciones arqueológicas nos permiten conocer que la necesidad de cortar hizo que el hombre fabricara unas hojas afiladas, de piedra al principio, las cuales le facilitaron el trabajo de cortar e incluso el de matar. Lo mismo ocurrió con la forma de cultivar la tierra, de hacer casas, de construir puentes, en fin. Si bien es cierto que una casa en el Tahuantinsuyu no es igual a una casa de las antiguas dinastías chinas, ni de una hecha en la Grecia Clásica; esto no quiere decir que en un sitio hayan existido *casas* y en otros no. Luego regresaré sobre esta idea.

Sin embargo, existen artefactos, tales como la rueda y la escritura, que no pueden ser ubicados (con la misma facilidad que una casa o un cuchillo) en todo el mundo. Es más, sobre los dos ejemplos dados en el inicio de este párrafo, es posible decir que son productos de algunas culturas y no de todas.

Se habrá podido dar cuenta de que existen ciertos artefactos factibles de localizar en las distintas culturas a lo largo de todo el mundo, mientras que otros no. Si, como consideramos en líneas anteriores, el derecho es un artefacto, ¿cómo podemos saber en qué culturas estuvo presente y en cuáles no? La respuesta a esta pregunta se relaciona con la primera consecuencia de nuestra hipótesis inicial. A continuación trataré este asunto.

Coincido con Kelsen³⁹ cuando afirma que el surgimiento del Estado y la aparición del derecho van de la mano. Sin embargo, no debemos olvidar que el pensamiento kelseniano está obsesionado en crear una teoría del derecho *pura*, motivo por el cual se encuentra cerrada en sí misma y no da lugar a otro tipo de explicaciones para entender estos fenómenos. Así es que, para nuestra búsqueda, será bueno apartarse de ella.

La importancia de identificar derecho con Estado se presenta en que la búsqueda del derecho se puede muy bien sustituir con la búsqueda de esta sociedad políticamente organizada que ahora llamamos Estado.⁴⁰ O, lo que es lo mismo: *si queremos hablar de un ordenamiento de regulación de la conducta humana, al cual llamemos derecho, debemos tener en cuenta que éste sólo se presenta en los Estados y que no es posible concebir al uno sin el otro.*

³⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2008.

⁴⁰ Lo que se está intentando hacer acá es dejar de lado las definiciones por cuanto todo se reduciría a juego de palabras. Hemos optado por imitar, en la medida que sea posible, el modelo de Turing para averiguar si las máquinas pueden pensar. Véase Turing, A. M., "Computing, Machinery and Intelligence", *Mind*, New Series, vol. 59, núm. 236, 1950, pp 433 y 434.

Es común identificar al Estado con sus elementos (pueblo, territorio y potestad) y funciones (legislativa, administrativa y judicial),⁴¹ bajo esa perspectiva es innegable que el Tahuantinsuyu fue un Estado. No obstante, para McCormik⁴² todos los Estados tienen cuatro características básicas: territorio, legitimidad de las autoridades, independencia respecto de otros Estados y, un gobierno reconocido por la comunidad internacional. Las tres primeras son fácilmente detectables y atribuidas al Tahuantinsuyu; sin embargo, consideramos que la última obedece a una evolución de las relaciones entre Estados, y no puede atribuirse a la forma en que se presentaban los Estados americanos en aquel tiempo. Aunque si recordamos, las primeras noticias que tuvo Pizarro del Tahuantinsuyu (que no sería conocido con ese nombre sino con el de *Pirú*) fue cuando se encontraba en Centro América, lo cual significa que era un Estado conocido. Pero no hay que confundir el que *sea conocido* con que *sea reconocido* internacionalmente (esto último solamente se puede aplicar a los Estados modernos). En realidad en el Tahuantinsuyu, el único reconocimiento internacional que le interesaba a sus gobernantes es que sean aceptados por el resto como tales y se acepte al Cuzco como la capital. Esto significa que no tuvieron, con sus vecinos, reconocimientos individuales de Estados independientes, sino que cualquier Estado (o etnia) vecinos, estaban “condenados” a pasar a formar parte de los cuatro suyus.

Un Estado es una sociedad políticamente organizada con un gobierno que está legitimado para monopolizar el ejercicio de la fuerza. Esto significa que no toda sociedad puede ser merecedora de llamarse Estado sino sólo aquellas que han sido capaces de crear entre sus miembros una estructura jerarquizada del poder, lo cual significa que existirán personas que posean capacidades de decisión respecto a otras. Precisamente, los vínculos jerarquizados y las relaciones entre la clase dirigente y el resto de la población no se pueden dejar al azar, muy por el contrario han de encontrarse reglamentadas. A su vez, esto significa que las personas encargadas de crear normas y administrar la justicia, tienen que estar perfectamente identificadas; entonces debe existir un sistema que garantice el cumplimiento de las normas. Por otro lado, la tributación y la redistribución de recursos también tienen que estar establecidos, para todo ello se hace uso del derecho. Esta es la complejidad que tiene una sociedad que se llama Estado.

⁴¹ Véase entre otros a Carré de Malberg, *op. cit.*

⁴² McCormick, Neil, *Instituciones del derecho*, trad. de Fernando Atria y Samuel Tschorne, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 60.

En efecto, refiriéndose al derecho, Hart manifestaba que las comunidades primitivas sólo se regulan por lo que él llama “normas primarias”.⁴³ En cambio, cuando hablamos de la existencia de un derecho propiamente dicho, estas normas primarias deben ir acompañadas de un conjunto de “normas secundarias”. Estas normas secundarias, más complejas que las primarias, tienen la característica de hacer comprender mejor el derecho (también podríamos decir que este concepto sirve para localizarlo), pues en éste deben estar esclarecidos con precisión, las normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Esto significa que tenemos que hablar de un sistema jurídico concreto, pues van a existir personas encargadas de crear normas y funcionarios de aplicarlas. Si se da cuenta esto no es más que una organización, es decir, es otra forma de ver al Estado del que hablamos en el párrafo anterior.

En vista de que los Estados surgen dentro de determinadas sociedades y se presentan como un producto cultural, entonces la organización y la forma de funcionamiento de un Estado a otro no van a ser iguales. En efecto, la organización política del Tahuantinsuyu fue distinta a la de Grecia y a la azteca. Pero no hay duda que las tres agrupaciones sociales llegaron a consolidarse como Estados. Siguiendo con nuestro razonamiento, bastaría decir que: como el Tahuantinsuyu fue un Estado, entonces esto significó que tuvo un derecho. Pero hay quienes no se conformarían con eso sino que objetarían diciendo que: *no se puede hablar de un derecho sino de un sistema regulatorio distinto a este último*. Los motivos por los que afirman eso no me quedan del todo claro, pero se resalta el hecho de presentar al derecho como producto exclusivo de la cultura occidental.⁴⁴

Uno de los más altos representantes, que se encuentra dentro del pensamiento expuesto en las líneas finales, es Jorge Basadre Ayulo, para quien “Los incas pertenecían a un mundo distinto y sus normas no pueden ser aplicadas al sistema occidental”.⁴⁵ Nos damos cuenta que esta frase es con-

⁴³ Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Gerardo R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 99-153.

⁴⁴ En realidad estoy empezando a sospechar que esto se debe a la influencia del marxismo en nuestros intelectuales. Aunque claro, no un marxismo puro ni de primera mano sino uno moderado que es aceptado de forma inconsciente. Sin embargo, esta afirmación requerirá de una futura investigación para poder conocer su certeza.

⁴⁵ Basadre Ayulo, Jorge, *Historia del derecho universal y peruano*, Lima, Normas legales, 2011, p. 499. Es curioso pero en páginas previas (pp. 106-115), Basadre Ayulo parece inclinarse por la existencia de un derecho en el tiempo de los incas. Llega incluso a decir que “el derecho indígena peruano inca no falleció ni quedó extinguido plenamente con el proceso de occidentalización jurídica y llegó a influir en la nutrida legislación indiana”, p. 111.

fusa en sí misma y no sabemos exactamente lo que quiere decir, pues puede significar por lo menos dos cosas. El primer significado sería que las normas de los incas no pueden ser aplicadas, en el sentido de ser tomadas como válidas, en el sistema jurídico occidental. Y el segundo significado sería que las normas incas no pueden considerarse como merecedoras de llamarse “derecho”. Veremos que cualquiera de esos dos significados no son correctos.

Lo que se afirma en el primer significado es falso, por cuanto las normas incas sí fueron tomadas como válidas en ese tiempo, tanto así que la Corona española señaló con toda claridad, en las famosas *Leyes de Indias*, en la ley IV, del libro II, título 1., lo siguiente:

Que se guarden las leyes que los Indios tenían antiguamente para su gobierno, y las se hizieren de nuevo.

Ordenamos Y mandamos, que las leyes y costumbres buenas, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policia, y sus vsos y costumbres observadas y guardades despues que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religion, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo fe guarden y executen, y siendo necessario, por la presente las aprobamos y confirmamos...

Queda claro que los propios españoles del siglo XVI tuvieron que aceptar que antes de que ellos llegaran al *nuevo mundo*, ya existían normas jurídicas, las cuales fueron recogidas y aceptadas por ellos, siempre y cuando éstas no fueran contrarias ni a la religión ni al resto de las *Leyes de Indias*. Esto significa que tenían la posibilidad de ser aplicadas, y en verdad que lo fueron, pues en los litigios de esos tiempos siempre se notará que los indígenas las mencionan para defender su postura. Entonces podemos decir que las normas incas, en tiempo de la conquista y virreinato, tuvieron validez en el sentido de Kelsen y de Ross.

Ahora bien, parece ser que la intención de Basadre Ayulo fue la del segundo significado; es decir, que el sistema regulatorio de la conducta externa inca no merece ser llamado *derecho*. Desafortunadamente no nos quedan claros sus argumentos por los cuales sostiene esto; sin embargo, y con temor a no acertar en ellos, creemos que son estos tres.⁴⁶

1. El Tahuantinsuyu fue un Estado despótico
2. La costumbre se confunde con el derecho

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 498 y 499.

3. No existía una voluntad libre del individuo

Sobre el argumento 2 ya existe una investigación previa, en donde se hace ver que no es correcta tal afirmación.⁴⁷ No lo es precisamente porque en el Tahuantinsuyu existieron normas impuestas por un ente encargado (el sapainca según lo vimos en *el texto*), lo cual es contrario a la costumbre, la moral y aun al *derecho consuetudinario*. Así es que solamente nos quedarían los otros dos argumentos.

Si nos damos cuenta, el argumento 3 se puede subsumir en el 1. En efecto, este parece ser el motivo fundamental por el que, Basadre Ayulo, no se anima a calificar de derecho al sistema regulatorio inca. Sin embargo, antes de seguir analizando estas ideas, será mejor conocer: ¿qué entiende por derecho Basadre Ayulo? Afortunadamente él ha dado respuesta a nuestra pregunta en su mismo libro:

El derecho (*ius*) ha tenido y tiene entonces un doble significado que aparece resaltado en forma aparente: de un lado es un conjunto de normas e instituciones que imperan coactivamente en una comunidad; y de otro, comprende las facultades o permisos que merecen la tutela del Estado en estricta separación del orden moral pero sustentado en éste.⁴⁸

Ahora tenemos mayor claridad en cuanto a su postura. En efecto, es innegable que en el primer significado, como *conjunto de normas...* el derecho sí se presenta en el Tahuantinsuyu. Así es que se pretende negar su existencia haciendo que sea más relevante el significado de derecho subjetivo que es tutelado por el Estado. Sin embargo, no se toma en cuenta la relación planteada por Kelsen cuando manifiesta que “esta situación de hecho [que] designa como «derecho» o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros”.⁴⁹ Es decir que el derecho subjetivo crea un *derecho* (una facultad o permiso), el cual no es más que una obligación del resto. Kelsen⁵⁰ también sostiene que esta idea de derecho

⁴⁷ Sánchez Zorrilla y Zavaleta Chimbor, *op. cit.*, pp. 32-37. Además de los mismos autores véase: “El derecho en una sociedad ágrafa: investigación jurídico-epistemológica sobre el derecho y el derecho consuetudinario en la sociedad inca”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 14, 2011, <http://rtfd.es/numero14/05-14.pdf>.

⁴⁸ Basadre Ayulo, Jorge, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2da. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, 140.

⁵⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*

subjetivo, que enfrenta al Estado con el individuo, es una tesis sostenida por los iusnaturalistas y que, por lo tanto, no debemos prestarle mucha atención a esta idea de derecho subjetivo, a no ser que sea una forma de ver al derecho objetivo.

No obstante lo sostenido por Kelsen, con lo cual la duda sobre la existencia del derecho subjetivo en el Estado Inca debe quedar esclarecida, nos gustaría saber si es que en verdad ¿los pobladores del Tahuantinsuyu tuvieron algunos derechos que reclamar ante sus gobernantes o, como se piensa, sólo obedecían órdenes? Contestar esta pregunta en realidad merecería una tesis doctoral, así es que acá únicamente nos limitaremos a escribir algunas ideas que le darán respuesta momentánea.

Partiremos recordando que al Estado Inca le interesaba velar por el bienestar de sus pobladores, tanto así que, por ejemplo, a los nuevos matrimonios les otorgaba tierras para que la pudieran trabajar y vivir *en y de* ellas. Luego, por cada hijo que tuvieran, sus tierras iban creciendo y aumentando. Es cierto que estas tierras les servían a las familias para que pudieran “tributar” mediante el fruto que ellas dieran, pero también es cierto que a cambio de ello merecían la protección estatal e incluso otro tipo de productos provenientes de otros tributarios de las distintas partes del imperio. La protección del Estado iniciaba en una protección para el individuo.

Gracias a un estudio de Aleksandar Petrovich, es posible identificar algunos derechos protegidos por el Estado. En efecto, Petrovich realizó una investigación buscando rasgos incipientes de los derechos humanos en el tiempo de los incas, él llega a señalar lo siguiente: “En el derecho consuetudinario inca existieron el derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad y al honor. Cada uno de ellos fue garantizado y protegido. Es decir, el Estado Inca no sólo prevenía la violación de esos derechos sino que también castigaba a su infractor”.⁵¹ Aunque el autor no lo admita de forma explícita, él llega a esta conclusión haciendo uso de la noción kelseniana de derecho subjetivo.

En realidad, con las fuentes disponibles hasta este momento no es posible afirmar que los incas hubieran desarrollado conceptos jurídicos y regulaciones tan complejas como lo hicieron los romanos para regular y proteger sus “encuentros de voluntades” (lo más probable es que no las hayan hecho). Sin embargo, esto sólo sirve para decir que estamos ante sistemas distintos y no para afirmar que no hubo derecho. Otra cosa distinta es hablar

⁵¹ Petrovich, Aleksandar, “El derecho consuetudinario inca y la prehistoria de los derechos humanos”, *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, núm. 32, 1996, p., 144.

de la *ciencia* del derecho (derecho con mayúscula), discusión en la que no se ha creído pertinente ingresar en esta oportunidad.⁵²

Regresemos al ejemplo de las edificaciones de casas,⁵³ la humanidad las ha construido para protegerse de los fenómenos naturales e incluso de los sociales. Pero los modelos de las casas varían de un lugar a otro, justamente por las necesidades propias de cada localidad. En el derecho ocurre lo mismo, no es un fenómeno estático sino que se viene elaborando con el transcurrir del tiempo. Las casas se han venido perfeccionando y asemejando en todo el mundo, pero siempre serán diferentes por las características propias del lugar donde se las construyan. Por ejemplo, no sería recomendable construir una casa de playa en las alturas de la puna, sin las modificaciones necesarias para hacerla habitable y resistente del clima propio del lugar. Sin embargo, a las dos edificaciones las llamamos casas.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si queremos hablar de sistemas regulatorios que puedan denominarse *derecho*, no debemos caer en la trampa del juego de palabras, pues este método solamente se centra en conceptos que a su vez remiten a otros conceptos y no permiten enlazarlos con la realidad. Además debemos considerar que el derecho de nuestros días no puede ser igual al de aquellos tiempos, motivo por el cual no debemos mirar ni juzgar con nuestras nociones actuales a lo acaecido durante el Tahuantinsuyu.

Como se ha visto, su legislación estaba fundamentada en una divinidad, y, dentro de su sistema jurídico, el sapainca aparece como la figura encargada de promulgar las leyes; por ser precisamente él el puente entre este mundo y el de sus dioses.

Esta creencia de la fundamentación del poder tenía efectos prácticos para la población; así, los gobernantes incas buscaban proteger el orden interno del Estado, para lo cual usaban penas ejemplificadoras y por lo tanto crueles. La intención era que, mediante el miedo, se lograra disuadir a la pobla-

⁵² Si se desea puede consultarse a Sánchez Zorrilla y Zavaleta Chimbor, *op. cit.*, pp. 43-49.

⁵³ Es curioso pero Manuel Atienza utiliza una metáfora arquitectónica para referirse a las tres principales concepciones sobre el derecho; es decir, la normativista positivista, la realista (también una forma del positivismo) y la iusnaturalista. La metáfora consiste en concebir al derecho como un edificio y verlo “preferentemente desde el punto de vista de su estructura, de su funcionalidad o de su idealidad”, Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 2006, p. 20.

ción de cometer delitos y por ende conseguir la tranquilidad social. Es decir, se buscaba un Estado libre de actos que perturbaran el orden social, y esta estabilidad social repercutía en favor de sus ciudadanos.

Ahora bien, tener una sociedad “tranquila” era importante para los pobladores pero también lo era para que la élite del poder se conservara como tal. Digamos, el pueblo no tenía excusa para sublevarse porque la élite cumplía con mantener al Estado Inca funcionando adecuadamente. Los mecanismos de redistribución y la reciprocidad colaboraron para que sea así. El derecho inca, unido a su cosmovisión, eran los engranajes que permitían que todo esto funcione.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2004.
- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 2006.
- Basadre Ayulo, Jorge, *Historia del derecho universal y peruano*, Lima, Normas legales, 2011.
- Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de Derecho peruano*, Lima, Studium ediciones, 1984.
- Baudin, Louis, *El Imperio socialista de los Incas*, Lima, Editorial Zic-zac y Ediciones Rodas, 1978.
- Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, 5ta. ed., trad. de María Dolores González Rodríguez, Buenos Aires, Siglo XXI ediciones, 2007.
- Busto Ramírez, Juan, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 1986.
- Cabanelas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 28ma. ed. Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2003, t. VII.
- Cabello de Valboa, Miguel, *Miscelánea Antártica: una historia del Perú antiguo*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Letras-Instituto de Etnología, 1951.
- Carnelutti, Francesco, *Arte del derecho: seis meditaciones sobre el derecho*, Lima, Ara, 2006.
- Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, México, Facultad de Derecho de la UNAM y el Fondo de Cultura Económica, 2000.

- Cieza de León, Pedro de, *El señorío de los Incas*, Lima, Editorial Universo S. A., 1977.
- Delmas-Marty, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*. trad. de Marino Barbero Santos, Madrid, Centro de publicaciones de la secretaría general técnica del Ministerio de Justicia, 1986.
- Durkheim, Émile, *Las formas elementales de la vida religiosa*, trad. de Ana Martínez Aracón, Madrid, Alianza Editorial, 2003.
- Encyclopædia Britannica, s.v. “Shari‘ah” [consultada el 24 de julio de 2012], <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/538793/Shariah>
- Espinoza Soriano, Waldemar, *Los Incas*, Lima, AMARU Editores, 1997.
- García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones en el Perú*, 2a. ed., 2005. www.garciabelaunde.com/biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf
- García Calderón, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, ed. fac-símil de la 2a.ed. Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007, t. II.
- Garcilaso de la Vega, Inca, *Comentarios Reales de los Incas*, Lima, Vitruvian Publishing House, 2009.
- , *Historia general del Perú: según parte de los Comentarios Reales de los Incas*, México, Editorial José M. Cajica J. R. s.a.
- Grillo Fernández, Eduardo, La cosmovisión andina de siempre y la cosmología occidental moderna (segunda versión revisada), manuscrito mecanografiado no publicado, biblioteca particular del autor, s.a.
- Guaman Poma de Ayala, Felipe, *El primer Nueva Crónica y Buen Gobierno*, interpretada por el TNT Coronel Luis Bustíos Gálvez, Lima, Editorial Cultura, 1956, t. I.
- Hammurabi, *El Código de*, 4a. ed., Estudio preliminar, trad. y comentarios de Federico Lara Peinado, Madrid, Editorial Tecnos, 2008.
- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Gerardo R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito: principios del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1980.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2008.
- , *Teoría pura del derecho*, 2da. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.
- Maccormick, Neil, *Instituciones del derecho*, trad. de Fernando Atria y Samuel Tschorne, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Méndez G., Cecilia, “De indio a serrano: nociones de raza y geografía en el Perú (siglos XVIII-XXI)”, *Histórica*, Lima, vol. 35, núm. 1, 2011.

- Murúa, Fray Martín de, *Historia general del Perú*, Madrid, DASTIN, 2001.
- Pashukanis, Eugeni, *Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Labor Universitaria, 1976.
- PEASE Franklin, “Los Incas”, *Historia del Perú antiguo*, Lima, Editorial Juan Mejía Baca, 1980, t. II.
- , “La formación del Tahuantinsuyu: mecanismos de colonización y relación con las unidades étnicas”, *Histórica*, Lima, vol. 3, núm. 1, julio de 1979.
- Petrovich, Aleksandar, “El derecho consuetudinario inca y la prehistoria de los derechos humanos”, *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, núm. 32, 1996.
- Porras Barrenechea, Raúl, *Mito tradición e historia del Perú*, Lima, Retablo de papel ediciones, 1973.
- Quintanilla, Miguel Ángel, *Breve diccionario filosófico*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1991.
- Rostworowski de Diez Canseco, María, *Estructuras Andinas del Poder*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1983.
- , María, *Pachacutec Inca Yupanqui*, Lima, Perú, s. e., 1953.
- Sánchez Zorrilla, Manuel y Zavaleta Chimbor, David, “El derecho en una sociedad ágrafa: investigación jurídico-epistemológica sobre el derecho y el derecho consuetudinario en la sociedad inca”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 14, 2011, <http://rtfd.es/numero14/05-14.pdf>.
- , *Derecho penal en el Tahuantinsuyu*, Lima, Casatomada, 2011.
- Santa Cruz Pachacuti Yamqui Salcamaygua, Joan de, *Relación de antigüedades deste reyno del Pirú*, Cuzco, Institut Français D’Études Andines y Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de Las Casas”, 1993.
- Silva Santisteban, Fernando, *Desarrollo político de la civilización andina*, Lima, Fondo de desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1997.
- Turing, A. M., “Computing, Machinery and Intelligence”, *Mind, New Series*, vol. 59, núm. 236, 1950.
- Valcárcel, Luis E, “El Estado inca”, en Espinoza Soriano, Waldemar (comp.), *Los modelos de producción en el imperio de los Incas*, Lima, AMARU editores, 1949.