

## REVISTA DE REVISTAS

Historia del derecho . . . . . 1223

de seguridad social. En materia de trabajo independiente sería deseable una protección mínima en áreas como la salud en el trabajo o la seguridad social; para ello sería conveniente identificar las materias donde una asimilación total o con ajustes, es posible.

A veces, indica el autor, un trabajo independiente esconde un trabajo asalariado, ¿por qué no entonces elaborar reglas internacionales sobre el trabajo ilegal?, tratando de detectar situaciones ilícitas y las sanciones posibles. Bajo esta perspectiva, resulta urgente actuar y profundizar el análisis con miras a reglamentar los nuevos tipos de empleo.

Carlos REYNOSO CASTILLO

## HISTORIA DEL DERECHO

SAMPER, Francisco, "Sobre los problemas de la investigación romanística", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 15, núms. 2-3, mayo-diciembre de 1988, pp. 255-309.

El autor de este artículo, que es también profesor de derecho romano, nos presenta un panorama muy completo sobre el tema.

Comienza hablando de las "oscilaciones metodológicas" que la investigación romanística ha experimentado desde que la materia se incorporó a los estudios humanísticos y universitarios en los comienzos del siglo XII.

Analiza después el enfoque metodológico en diferentes épocas y corrientes de pensamiento; primero en la Edad Media con glosadores y comentaristas; después la tendencia humanista, y finalmente la pandectística alemana.

En la siguiente parte del estudio nos habla de las posturas que consideran a la historia como una forma de conocimiento contraria o cuando menos diferente al conocimiento científico, refiriéndolas a la historia del derecho y a la ciencia del derecho. De esta manera contrapone los conceptos de "historia" jurídica y "dogma" jurídico, ciencia jurídica (historia) y arte jurídico (dogmática), y analiza también las concepciones de historia jurídica como "dogmática sucesiva", y de derecho histórico como ciencia "jurídica".

En la tercera sección se preocupa por dilucidar la cuestión de si el derecho romano debe incluirse en la historia general o considerarse

como una ciencia particular independiente de ella. En este orden de ideas realiza una tarea que él llama de "purificación de lo jurídico", para concluir que el derecho romano "es una ciencia jurídica porque al material histórico se le aplica un tratamiento de comprensión jurídica...". En relación con el tema, explica las siguientes doctrinas: "evolucionismo y creacionismo jurídicos", "tendencias ultrahistóricas", "comparativismo sociológico", "sociologismo marxista" y "estructuralismo y derecho romano".

La cuarta y última parte del artículo la dedica al estudio de "la relación entre el pasado y el presente"; para ello analiza la postura de Croce y el método "histórico-crítico" al cual parece adherirse.

Para el profesor Samper este método, aplicado al estudio del derecho romano, pretende un conocimiento tanto histórico como jurídico; histórico porque "investiga la realidad del objeto como conjunto particular de una época pretérita, y lo considera en sus diferentes estratos temporales", y jurídico "en cuanto permanece constante la idea de que el derecho romano es una ciencia jurídica, y que por tanto la indagación histórica se ha de hacer sobre cuestiones —preguntas— jurídicas, y por personas profesionales aptas para plantear la investigación en el terreno del derecho...".

Marta MORINEAU

SOLAR, Francisco José del, "Derecho incaico", *Revista del Foro*, Lima, año LXXIV, núm. 1, pp. 215-225.

En la extensa región andina del continente americano existe una numerosa población indígena que ha sido deliberadamente ignorada por los actuales gobiernos independientes, con grave daño para la economía y la organización social de estos países.

Es de esperar se despierte el interés de gobernantes e investigadores por conocer los procedimientos y normas de conducta por las que se rigen estas grandes masas de población y se adopten de inmediato, las resoluciones que consideren más adecuadas para la incorporación de los indígenas a sistemas de vida compatibles con el régimen social imperante en cada país.

Del texto del trabajo que se comenta se desprenden numerosas conclusiones que pueden servir de pauta a los gobernantes y estudiosos para la elaboración de un programa urgente de "rescate de las condiciones deprimentes en que se encuentran los indígenas de nuestra América".

Refiere el autor que a mediados del siglo XII los quechuas del Valle del Cuzco (Perú), llegaron a constituir una confederación a la cual se fueron agregando los pueblos conquistados y los que pactaron alianzas y convenios con los incas. Con el tiempo este conglomerado llegó a presentar las características de un verdadero y gran imperio.

Sin embargo, esta organización no logró alcanzar las dimensiones de un imperio por su falta de cohesión interna. Cada pueblo tenía creencias propias y costumbres distintas que impedían o dificultaban cualquier legislación o entendimiento.

El inca Pachacutec (1438-1471) intentó unificar el pensamiento religioso de estos pueblos al proclamar al Sol como el supremo dios. Fue posiblemente el único elemento integrador en el Tawantinsuyo, donde, al decir del autor, hubo otro legislador que fue Manco Capac, quien incorporó la "tradición legal" de la dinastía inca. Pachacutec restructuró y compiló en la "memoria oral" aquella tradición, que después respetaron las siguientes generaciones.

Las costumbres, creencias e idiosincrasias disímiles de esta pluralidad de pueblos, impedía o dificultaba cualquier intento de legislación unitaria. Por ello, el autor considera que en el Estado inca no existió un verdadero derecho sino sólo un "prederecho".

Crítica la afirmación de los cronistas que consideraron la existencia de un derecho indígena. Dice que la falta de conocimientos jurídicos de estos comentaristas y su posición partidista les convierte en elementos parciales:

En opinión del doctor Juan Vicente Ugarte, presidente de la Corte Suprema del Perú: "las lagunas existentes en los estudios realizados por los investigadores han sido rellenadas a base de hipótesis, lo cual es peligroso cuando se trata de estudiar las constantes jurídicas y la línea de evolución de un pueblo".

La idea de proclamar al dios Sol como factor de integración no dio el resultado perseguido y el prederecho inca no se expandió por todo el Tawantinsuyo. Fue, más bien, un elemento de separación y divisionismo "habida cuenta que todos los pueblos tenían arraigadas sus costumbres, normas y mores locales, excesivamente dispersas".

Una norma jurídica puede ser tal, dice Jorge Basadre Grohmann, aunque se mezcle a menudo con elementos de tipo consuetudinario, religioso, moral o económico.

Si bien en el Estado inca existieron aspectos disímiles y hasta contradictorios entre las etnias, también hubo patrones comunes que contribuyeron a conformar la unidad histórica y cultural del pueblo inca.

Puede citarse la explotación agrícola vertical, a través del sistema de andenes en tierras ubicadas en diferentes pisos ecológicos. Con este sistema de propiedad discontinua se logró la autosuficiencia alimenticia.

Los pueblos incorporados a la confederación inca, formaban una autarquía rígidamente cerrada en sus costumbres y derechos locales donde "existía poca diferencia entre lo moral, lo religioso o lo jurídico". Sin embargo, debieron reconocer la superioridad inca y negociaron con ellos sobre la base del denominado "principio de la reciprocidad de relaciones", que eran fundamentalmente económicas, basadas en la mita para trabajos "agrícolas, militares o de obras públicas".

La mita no era individual sino de grupo. Era una forma muy original de cobrar los tributos, no en especie sino en trabajo humano, de preferencia en el cultivo de la tierra. A cambio de ello, las "etnias conquistadas o aliadas, recibían protección y gozaban de la distribución de los excedentes que los mismos incas hacían multiplicar con el trabajo de los mitayos". Se excluía el trueque. El principio de la reciprocidad fue básico y fundamental en la formación o gestación del derecho y se encontraba estrechamente ligado a la religión y a la moral.

Todos estos aspectos y comentarios, llevan al autor a afirmar que entre los incas sólo existió un prederecho, pues el conjunto de normas, costumbres, mores religiosas, económicas y morales, no aparecen con una estructura orgánica suficiente como para considerarlas instituciones jurídicas plenas.

Dentro de este "prederecho", el penal aparece antes que el civil, confundándose las normas y costumbres morales y religiosas con el derecho. Entre las reglas morales o mores, se encuentran voces o frases como las siguientes: no seas perezoso, mentiroso, ladrón, asesino, pervertido, afeminado, etcétera, las cuales eran empleadas como simples expresiones de "salutación" al igual que el "salve" de los romanos, pero no confirman, dice el autor, la existencia de un derecho penal. Posiblemente, opina, el prederecho de mayor desarrollo fue el penal porque contribuía a la consolidación de las conquistas y las alianzas. Sobre esta materia, cita a Pease, quien señala la existencia en la comunidad indígena de cuatro clases de delitos:

1. Contra el Estado, el culto y el inca. Eran sancionados los atentados en contra del orden establecido. En cuanto al inca, siendo considerado hijo del Sol, el castigo al infractor, debía ser la obra del poder divino.

2. Se consideraban punibles los atentados contra la vida y la salud de las personas.

3. Se sancionaban, igualmente, las acciones delictuosas ejecutadas en contra de los bienes colectivos, y

4. Determinados actos sexuales eran considerados ilícitos por las costumbres.

El prederecho civil, dice el autor, fue bastante pobre por no existir propiedad privada sobre la tierra. En cuanto al derecho familiar, dice, las uniones de las parejas eran monogámicas y endogámicas.

Textualmente afirma: "El famoso matrimonio de prueba o *servinacuy* se practicó en todas las etnias y se le conoce con diferentes nombres según el lugar." Cornejo Chávez ha dicho: "me interesa vivamente este tema de etnología jurídica que actualmente copa mi atención, el del matrimonio andino, llamado usualmente *servinacuy* y que se practica por siglos en extensos sectores del Perú y al que todavía no ha sido posible darle una cobertura legal."

Al indio no se le permitía pactar ni negociar con terceros y era desconocida la autonomía de la voluntad, al igual que la bastardía y la primogenitura.

Con respecto a la administración de justicia, dice que "los curacas" eran los encargados de hacer cumplir la "compleja maraña de relaciones recíprocas". Eran los jueces de primera y única instancia, encargados de resolver o conciliar las "situaciones domésticas conflictivas" entre parientes. El curaca se encargaba de los censos con fines tributarios.

Cuando los indígenas se unían en matrimonio, el contrayente quedaba obligado a pagar un tributo de trabajo en favor de la comunidad. El matrimonio servía para individualizar al contribuyente. El pago del tributo era similar a la mita. Correspondía al curaca exigir el pago del tributo.

Existían ciertas unidades de parentesco denominadas *ayllus* que integraban, en ciertos aspectos, el núcleo familiar indígena.

Este trabajo constituye un aporte más a la solución de los problemas indígenas de nuestro continente. En él se destaca el poco interés de los gobernantes e investigadores por conocer el pasado y presente normativo de nuestros aborígenes, estudio que es indispensable realizar si se desea elaborar sobre bases sólidas, la legislación que se considere más adecuada para rescatar a los indígenas de la menguada condición en que se les mantiene.

Estos inmensos contingentes poblacionales se encuentran hoy marginados de los procesos culturales y científicos que vive la humanidad, elementos que son vitales para el avance social y el progreso.

La realización de estudios destinados a conocer la vida, costumbres e idiosincrasia de las distintas etnias y comunidades indígenas, permitirá aprovechar lo útil y conveniente de su legislación costumbrista, y excluir lo anacrónico.

Deberían incorporarse a los planes de desarrollo industrial, los programas culturales, educacionales, de adiestramiento técnico y científico y demás que deban elaborarse si se desea rescatar a nuestros indígenas de su actual condición deprimente.

Las medidas que se pongan en práctica al respecto, redundarán inquestionablemente en beneficio y provecho de todo el organismo social.

Debemos destacar que en la Constitución Política del Perú, de 12 de julio de 1979, se hace un reconocimiento formal al pasado aborígen, a las costumbres y lenguas nativas, y se otorga protección legal a las comunidades indígenas dotándolas de autonomía y personalidad jurídica (artículos 161, 162 y 163).

El artículo 83 dispone: "El castellano es el idioma oficial de la República. También son de uso oficial el quechua y el aymara en la zona y la forma que la ley establece. Las demás lenguas aborígenes integran asimismo el patrimonio cultural de la nación."

En estrecha concordancia con la norma anterior, dispone el artículo 35: "El Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua."

Dispone, por su parte, el artículo 34 que el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas.

El reconocimiento oficial de las lenguas nativas constituye una manifestación clara de los propósitos del legislador por mantener un amplio intercambio con las distintas etnias que integran la población indígena del Perú.

Es de esperarse que en el futuro sean también publicadas en estas lenguas las leyes que aprueben los órganos legislativos y sea obligatorio su empleo en las actuaciones judiciales o administrativas en que intervengan indígenas.

Lisandro CRUZ PONCE