

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL  
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

# DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO III

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil  
Editores

## Capítulo 70



*Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*

*XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

[ira@pucp.edu.pe](mailto:ira@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/ira](http://www.pucp.edu.pe/ira)

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,*

*total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo III: 978-9972-42-859-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# EL INDIGENISMO JURÍDICO: DE LA CARIDAD A LA REIVINDICACIÓN

Carlos Ramos Núñez

*En la hora presente, el indio se encuentra descentrado. Ninguna actividad social ni política le incumbe realizar. Un exceso de trabajo aislado e infecundo agota sus energías. Un régimen de legislación civil y penal se confabula mediante los rúbulas a la explotación más odiosa que registra la historia. Una desatendencia absoluta del Estado deja vivir a la raza, ya no de sus tradiciones ni de sus orgullos, sino del recuerdo del régimen español, con sus encomiendas y sus mitas. Un latifundismo ilimitado consume la propiedad indígena, alejándolo del trabajo libre, entregándole a manos del gamonal, aberrojándole para quitarle sus tierras, sus rebaños y sus hijos.*

José Antonio ENCINAS, *Las causas de la criminalidad indígena* (Lima, 1917).

## 1. INTRODUCCIÓN

Si el indígena fue un personaje ausente en los manuales y tratados, e incluso en los códigos decimonónicos, por el contrario, al iniciarse el Novecientos, los autores volcarán su atención hacia esa problemática en los diversos escenarios geográficos del país. Las poblaciones aborígenes, sus instituciones y sus modelos de organización aparecen como tema de reflexión jurídica tras haberse ignorado su presencia física y hasta su realidad cultural. La legislación republicana —y la filosofía liberal que la prohibaba— habían hecho del indígena un ciudadano cualquiera, tras cancelar el papel tuitivo de la legislación indiana colonial: «Peruanos, antes indios» habría sido el lema del período, según elocuente frase de Mariano Santos de Quirós. Pero el pensamiento jurídico no se sustrae a las corrientes culturales de cada época. Mientras que, en el Antiguo Régimen, el indio era el menor, el miserable o el pagano urgido de tutela y adoctrinamiento, bajo la primera república esas «masas inertes» —otro lugar común del período— se disolverían en el simplismo de la ciudadanía y de la igualdad ante la ley, al margen de toda consideración fáctica.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La normatividad anterior a 1852 en materia de indígenas puede verse en detalle en nuestro trabajo: Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Legislación, abogados y exegetas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 139-155; Gorky GONZALES MANTILLA, «La consideración jurídica del indio como persona: el Derecho Romano, factor

¿Cómo se explica la irrupción del indigenismo jurídico en el Perú? Varias serían las razones de ese fenómeno: 1.º) un estado recurrente de rebelión, incitado por la expansión compulsiva de las haciendas serranas y cuyo fatal desenlace, a la vez que llenaba las primeras páginas de periódicos, soliviantaba nuevas rebeldías entre los indígenas empobrecidos; 2.º) la conciencia científica del positivismo, que adoptaría al indio como un objeto de observación sencillo y pasible; 3.º) la reconstrucción histórica, en clave romántica, del mundo precolombino y su asociación mecánica con la realidad indígena del momento; 4.º) el impulso de las ideologías progresistas del cambio de siglo: el anarquismo, el marxismo, el socialismo de José Carlos Mariátegui, la socialdemocracia, el aprismo y el socialcristianismo; 5.º) las repercusiones de la Escuela Histórica del Derecho, que reivindicaba el pasado de las naciones y exaltaba, en contraposición de la ley, a la costumbre como fuente predominante del Derecho; y, 6.º) las sucesivas prédicas oficiales, entre bienintencionadas y demagógicas, en torno al tópico de la «redención de la raza indígena», que se extenderán desde el gobierno de Nicolás de Piérola (1895-1899) hasta la administración de Óscar R. Benavides (1935-1939), sin descontar la intensa propaganda leguista desplegada durante el Oncenio. En efecto, el indigenismo oficial fue intensamente auspiciado por la dictadura de Augusto B. Leguía, quien crea la Sección de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Fomento, establece el Patronato de la Raza Indígena y dicta multitud de leyes y decretos sobre asuntos aborígenes. El régimen mismo del Oncenio se inaugurará con la constitución política de 1919, la primera en reconocer la existencia legal de las comunidades. Leguía convirtió el 24 de junio en Día del Indio, se autodenominaba Viracocha y hasta pronunciaba discursos en quechua, lengua que desconocía.<sup>2</sup>

## 2. LA HUELLA DEL INDIGENISMO

El positivismo —sensible hacia los otros referentes culturales— y la sociología finisecular constituyeron el fondo teórico del indigenismo. Ciertamente, la actitud filoinígena se remontaría a los cronistas coloniales —que describen, a veces con admiración, las costumbres nativas—, pasando luego por la cruzada lascasiana y el debate canónico con Ginés de Sepúlveda, el humanismo racionalista del siglo XVIII, el nacionalismo geográfico del primer *Mercurio Peruano*, el liberalismo individualista de la temprana República, y la prédica literaria de Manuel González Prada. Pero, en tanto propuesta reflexiva y de interpretación de la sociedad, el indigenismo asomará con perfiles específicos alrededor del año 1900, cuando, paradójicamente, emerge como

---

de residencia en el siglo XVI», en Teodoro HAMPE MARTÍNEZ (comp.), *La tradición clásica en el Perú virreinal*, Lima, Sociedad Peruana de Estudios Clásicos-Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999, pp. 255-284.

<sup>2</sup> Más extensamente, véase, Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, de próxima aparición.

una preocupación de mestizos y blancos de extracción mesocrática.<sup>3</sup> Los destinatarios del mensaje indigenista eran esencialmente hispanohablantes (abogados, escritores, periodistas, ingenieros, autoridades políticas), a quienes se procuraba concientizar en torno a los graves problemas que aquejaban a los aborígenes. Curiosamente, no fue un manifiesto o un texto académico, sino una novela de denuncia social, *Aves sin nido* (Lima-Buenos Aires, 1889), de la cuzqueña Clorinda Matto de Turner, la que anunciaría el nacimiento del indigenismo moderno en el Perú. Dos décadas antes, el viajero puneño Juan Bustamante —un tenaz defensor de los indios, al punto de que pereció horriblemente asesinado— había redactado el opúsculo *Los indios del Perú*, publicado en 1867.<sup>4</sup> En ese documento, con la ayuda de cartas, comunicados y transcripción de periódicos, Bustamante se oponía a la represión militar de las rebeliones indígenas. Desde entonces, el indigenismo no cesaría de erguirse como el discurso favorito de los jóvenes intelectuales, tanto de Lima cuanto en el interior.

Antes que como un movimiento de afirmación étnica o racial, el indigenismo sociológico de las décadas de 1900 a 1930 se muestra, más bien, como un fenómeno urbano, letrado, renovador y combativo. Fue también la vertiente por excelencia de las iniciativas de afirmación regional; de allí que surgiesen movimientos paralelos en Cuzco, Puno, Arequipa y Trujillo. Una visión nostálgica hacia el esplendor de las antiguas civilizaciones prehispánicas, acabadas de exhumar gracias a los trabajos de Reiss y Stübel en las necrópolis de Ancón y de Max Uhle en Pachacámac y Tiahuanaco —investigaciones que, dicho sea de paso, extendían el rango temporal de la cultura aborígen a varios cientos de años antes de la aparición de los Incas—, sería otro de los rasgos dominantes del movimiento. Las huellas del indigenismo se pueden discernir en la literatura, en las artes plásticas, en la arquitectura y en la ensayística del período, pero también en el debate congresal y en la acción. En el campo de las letras

---

<sup>3</sup> Véase Alberto FLORES GALINDO y Manuel BURGA, *Apogeo y crisis en la República Aristocrática*, Lima, Ediciones Rikchay Perú, 1980, pp. 178-179, donde se esboza una periodificación del indigenismo: a) El indigenismo tímido de Manuel Vicente Villarán, Alejandro Deustua o Víctor Andrés Belaúnde que buscaba integrar al indio a la civilización occidental a través de la educación; b) El indigenismo de denuncia de Pedro Zulen y Dora Mayor, impulsado desde la Asociación Pro-Indígena y el periódico *El Deber Proindígena*; c) El indigenismo oficial del régimen de Leguía, más retórico que real; d) El indigenismo socialista de José Carlos Mariátegui y Amauta —con el que simpatizaban Burga y Flores Galindo—, que no piensa en el indio como un ser inferior al cual debe tutelarse y que propone «soluciones concretas», esencialmente económicas. Sobre el indigenismo en general véase Alberto FLORES GALINDO, *Arequipa y el sur andino. Siglos XVII-XX*, Lima, Editorial Horizonte, 1977; Luis Enrique TORD, *El indio en los ensayistas peruanos, 1848-1949*, Lima, Editoriales Unidas S. A., 1978; José TAMAYO HERRERA (comp.), *El pensamiento indigenista*, Lima, Francisco Campodónico F.-Mosca Azul editores, 1981; Efraín KRISTAL, *Una visión urbana de los Andes. Génesis y desarrollo del indigenismo en el Perú, 1848-1930*, Lima, Instituto de Apoyo Agrario, 1991. Resulta curioso, sin embargo, que los estudios históricos sobre el indigenismo no se hayan concentrado en los perfiles jurídicos del movimiento.

<sup>4</sup> Juan BUSTAMANTE, *Los indios del Perú*. Compilación hecha por Juan Bustamante, Lima, Imprenta dirigida por J. M. Monterola, 1867.

jurídicas, al instalar al indio como elemento de discusión sociológica y como sujeto de tutela legal, el indigenismo hallaría, así mismo, uno de sus escenarios más animados.

El indigenismo ejerció un impacto consistente en los estudiantes de Derecho y aun entre los propios letrados, que se consagrarían al diseño de un nuevo ordenamiento legal que remediase siglos de abusos por parte de leguleyos, tinterillos, jueces, gamonales, párrocos y autoridades oficiales. Una postura realista era reclamada. Y es que la postergación del indio resultaba incluso una rémora para la marcha del país:

Al ocuparnos de la gran cuestión indígena —escribe el indigenista arequipeño Modesto Málaga hacia 1914— nos ocupamos de una de las cuestiones más importantes, que se relacionan con el bienestar y el porvenir nacional; quizá la que más [se] necesita estudiarla y resolverla. No se concibe cómo el estadista, el parlamentario, el legislador, el economista, el financista, etc., en presencia de tan grave cuestión, la hayan mirado con frío desdén y marcada indiferencia, juzgándola como motivo de sentimientos filantrópicos únicamente, sin fijarse en que esa cuestión significa no solo filantropía humanitaria, sino que ella tiene relación directa con nuestra vida, en toda su intensidad y en todas sus manifestaciones.<sup>5</sup>

Otro tesista mistiano, hacia 1915, se refiere a la cuestión indígena como «la más grave de la nacionalidad» y reclama una pronta solución de parte de políticos, sociólogos, jurisconsultos y de «todos los que se dedican al cultivo de alguna de las ramas de las ciencias sociales».<sup>6</sup> Mientras que en 1911, siempre en la Universidad sureña, el doctorando Florencio Loayza, afirmaría que la solución del problema indígena era indispensable para lograr «una sólida organización de nuestro mecanismo social».<sup>7</sup> La incorporación de las masas aborígenes a un proyecto nacional emergería, pues, como una necesidad mayor de los autores. El eco de las enseñanzas de Emile Durkheim en torno a la cohesión del agregado social se advierte de estas afirmaciones.

El «problema del indio» fue la manifestación de todas esas inquietudes dispares, de modo que las soluciones se intentaron desde diversos frentes. En consonancia con la diseminación del positivismo antropológico, los primeros acercamientos se dirigirán hacia la relación del indio con el delito y a las diversas conductas antisociales que se le imputaban («degradación racial», indolencia, ociosidad, cocaísmo, alcoholismo, etc.). Algunos autores parten de esa visión condescendiente al preparar sus tesis. Tal es el caso de Pío Max Medina, el futuro impulsor de la revista *El Derecho* de Ayacucho, quien trata de explicar el llamado «estacionarismo indígena» en una tesis de doctor

<sup>5</sup> Modesto MÁLAGA, *El problema social de la raza indígena*, Tesis de doctor, Universidad del Gran Padre San Agustín de Arequipa, Arequipa, Tip. Quiroz, 1914, p. 4.

<sup>6</sup> Manuel J. DEL CARPIO, *Necesidad de una legislación especial para los indígenas*, Tesis de doctor, Universidad del Gran Padre San Agustín de Arequipa, Arequipa, Tip. Cuadros, 1915, p. 3.

<sup>7</sup> Florencio LOAYZA, *Condición legal de las comunidades de indígenas*. Tesis presentada a la Universidad de Arequipa para optar el grado de doctor en la Facultad de Derecho y obtener el título de abogado, Arequipa, Tip. Cáceres, 1911.

en leyes sustentada en San Marcos en 1906.<sup>8</sup> Una década más tarde, esa mirada, a la vez indulgente y desconfiada, no había desaparecido del todo, como se comprueba del encabezado de la tesis del Sr. Sánchez Masías, *La raza indígena y los medios de promover su evolución*, sustentada en la Universidad de Trujillo alrededor de 1916. Una visión prejuiciosa de las costumbres, los bailes y el dispendio de *mayordomos* y *devotos* durante las fiestas patronales —hecho incomprensible para la mentalidad occidental, pero completamente justificado en un universo basado en el estatus y el prestigio— animan a un sector de indigenistas a postular la «re-educación» moral del indígena a través de la instrucción y la vigilancia del Estado. El citado Modesto Málaga, aun cuando delegado a la Asociación Pro-Indígena y ferviente activista social, se muestra incapaz de interpretar en su contexto los derroches que ocurren en el vital sistema de *cargos*:

Tiene [el indio] el concepto de que mientras más derroche de dinero y de alcohol haga para festejar el día del santo de su devoción, mientras más liberal use en sus agasajos y obsequios a los de la comunidad, será tenido en mejor concepto por ésta; y se siente soberbiamente orgulloso si con todo esto logra superar al otro mayordomo, que en este caso resulta un rival y hay que humillarlo y vencerlo. Por esta razón el sentimiento religioso para el indígena resulta otro Saturno devorando a sus propios hijos; porque para satisfacer esos egoísmos y salir victoriosos en esas inmemoriales, el indígena devoto hace sacrificios enormes, emplea todo el dinero de que puede disponer y puede conseguir, por cualquier medio, sin que le importe las consecuencias angustiosas que vendrán para él y para su familia; siendo de uso corriente vender sus propiedades para darse el placer, por algunos días, de festejar a un santo con orgías de embriaguez y de sensualidad. La mayor parte de los proletarios indígenas que invaden nuestras poblaciones en busca de trabajo, o se han quedado en sus pueblos, llevando una vida miserable y viciosa, han sido propietarios que han sacrificado sus recursos económicos en festejar santos y en festividades religiosas.<sup>9</sup>

Aflorarán luego las interrogantes en torno a la capacidad jurídica del aborígen y el interés por sus instituciones consuetudinarias (autoridades tradicionales y solución de conflictos; tenencia de la tierra y manejo del agua; *servinakuy*, relaciones de familia y sexualidad; régimen sucesorio, etcétera). El entusiasmo que mueve a la plétora de autores de tesis, artículos y libros se orientará igualmente hacia el acuciante problema de las comunidades y la discusión sobre su personería legal y constitucional. Otro aspecto central del debate reposaría en la posibilidad de los indígenas de participar como sujeto activo o pasivo en un proceso judicial.

<sup>8</sup> Pío Max MEDINA, *Causas del estacionarismo de la raza indígena y el remedio eficaz para su regeneración*, Lima, 1906.

<sup>9</sup> MÁLAGA [5], p. 10.

A la vista de la producción intelectual y legislativa pueden discernirse en el indigenismo legal tres etapas: a) una fase incipiente, que se desarrolla aproximadamente entre 1885 y 1900, caracterizada por una suerte de re-descubrimiento del mundo nativo; b) un indigenismo sociológico, abocado al rescate, interpretación y denuncia social, que se expandirá entre 1900 y 1919, en forma paralela al surgimiento de varios entes representativos de los intereses de los aborígenes (*Asociación Pro-Indígena*, 1905; *Patronato de la Raza Indígena*, 1911); y c) un indigenismo oficial, desplegado bajo los gobiernos de Leguía (1919-1930), Sánchez Cerro (1930-1933) y Benavides (1933-1939) y cuyo contrapunto estará constituido por el socialismo y el aprismo. Ciertamente, estas etapas no coinciden con las del indigenismo estético, que seguiría una continuidad independiente.<sup>10</sup> Los centros de irradiación fueron, aparte de Lima, las urbes letradas del interior: Cuzco, Arequipa, Puno y Trujillo. Todas ellas eran focos de una intensa actividad intelectual, que florece alrededor de espacios poblados por masas de indios empobrecidos. No sorprende, pues, que muchas de las iniciativas que reivindicaban la condición del aborigen se canalizasen a través de las monografías escritas por los estudiantes de las Universidades provincianas.

En Derecho, el elenco de las tesis, artículos y ensayos de contenido indigenista alumbrados en el lapso de 1890 a 1930 puede desintegrarse en cinco grandes tópicos: a) la visión idealizada del Derecho precolombino; b) la pervivencia de las instituciones normativas tradicionales, en contraste con el Derecho oficial; c) la criminalidad indígena, su prevención y los intentos por explicar sus causas; d) las posiciones alrededor del estatuto legal de las comunidades; y, e) los bosquejos de una legislación tutelar que remediase el problema indígena en cada uno de los tópicos mencionados. El debate en torno a la capacidad civil, otro tema importante del indigenismo jurídico, alcanzaría su apogeo durante la reforma del Código civil (1922-1936) y será tratado oportunamente, al rastrear la génesis de ese cuerpo normativo.

### 3. UNA HISTORIA NOSTÁLGICA DEL DERECHO: LA AÑORANZA DEL INCANATO

Los tesisistas afiliados al indigenismo jurídico acudían con frecuencia al referente pre-hispánico como armazón justificativa de sus trabajos. Se evidenciaba, pues, el auge del evolucionismo antropológico, que los indigenistas adoptarían como una de sus propuestas metódicas predilectas.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Sobre la trayectoria estética del indigenismo, véase, Mirko LAUER, *Andes Imaginarios. Discursos del Indigenismo-2*, Lima, Sur, 1997. Lauer se refiere allí a un fenómeno «literario, plástico, arquitectónico o musical» que se dio aproximadamente entre 1919 y 1945, y que no guarda relación de continuidad con el indigenismo «socio-político».

<sup>11</sup> Derivada de los escritos de Darwin, la escuela evolucionista sería introducida en los estudios sociales por Tylor, Maine, Spencer y Lang como herramienta para el estudio del «salvajismo primitivo». La escuela evolucionista, junto a las especulaciones de Frazer sobre la magia han, prácticamente, fundado la moderna antropología cultural. Véase Norbert ROULAND, *Antropología jurídica*, Milan, Giuffè editore,



En particular, las doctrinas del sociólogo británico Herbert Spencer (1820-1903), que explicaban el cambio social conforme a leyes semejantes a las que imperan en la naturaleza, eran el sustento teórico de estos precoces trabajos de historia legal precolombina.<sup>12</sup> A estos se añadirían, como una suerte de confirmación empírica, los resultados de las primeras investigaciones arqueológicas sistemáticamente conducidas (Reiss y Stübel, Uhle, etcétera). Esa evidencia material expandía el pasado nativo a varios siglos antes de la formación del Tahuantinsuyo y delineaba una larga continuidad cultural, en la que muchos indigenistas vieron los vestigios de una tendencia evolutiva que la conquista española y el coloniaje habían detenido.

El evolucionismo y la naciente arqueología estimularon la indagación del antiguo orden jurídico. El material de referencia, antes que de un esfuerzo heurístico en las fuentes o del trabajo de campo, procedía de informaciones de segunda mano, tomadas del manual sobre *Las civilizaciones primitivas del Perú* de Carlos Wiesse,<sup>13</sup> la tesis de José de la Riva-Agüero, *La historia en el Perú*,<sup>14</sup> o, incluso, de la traducción española de la *Historia de la conquista del Perú* de Prescott,<sup>15</sup> cuando no de los *Principios de Sociología* de Spencer. Especialmente en el Cuzco, donde el indigenismo tuvo un desarrollo considerable y precoz, los ensayos incanistas preparados por un indigenista ferviente, Luis E. Valcárcel (Moquegua, 1891 – Lima, 1993), encendieron la curiosidad de los estudiantes. En uno de sus trabajos juveniles, *Del ayllu al imperio*, tesis de bachiller en Derecho sustentada en 1916,<sup>16</sup> Valcárcel, quien además participa como colaborador habitual de dos tribunas indigenistas: la *Revista del Derecho* y la *Revista Universitaria del Cuzco*, bosquejaba la visión del Tahuantinsuyo como el punto culminante de un largo desarrollo espiritual, proceso que el coloniaje y la república habían detenido hasta conseguir su involución y marasmo. El joven profesor, cuzqueño por

---

1992, pp. 16-120. Véase también, Fernando SILVA SANTISTEBAN, *Introducción a la Antropología Jurídica*, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 82-106.

<sup>12</sup> En torno a la literatura sociológica extranjera de entresiglo y su aplicación a las civilizaciones precolombinas y sus instituciones, véase Raúl PORRAS BARRENECHEA, *Fuentes históricas peruanas*, Lima, J. Mejía Baca y P. L. Villanueva, 1954. La producción nacional sobre temas de sociología, en Jorge BASADRE GROHMANN, *Bases documentales para la historia de la República del Perú*, t. 2, Lima, P.L. Villanueva, 1971, pp. 579-580, 665-670. Un balance de la etnografía emanada en el período 1900-1930 en Frank SALOMON, «The historical development of Andean ethnology», *Mountain Research and Development*, vol. 5, núm. 1, 1985, pp. 79-98.

<sup>13</sup> Carlos WIESSE, *Las civilizaciones primitivas del Perú. Apuntes para un curso universitario*. Por el Dr. Carlos Wiesse, catedrático de Historia Crítica del Perú, Lima, Tipografía «El Lucero», 1913.

<sup>14</sup> José de la RIVA-AGÜERO, *La historia en el Perú*, Lima, 1910, Edición de 1956.

<sup>15</sup> William PRESCOTT, *Historia de la conquista del Perú*, Madrid, Gaspar Roig, 1851. Una segunda edición apareció, por el mismo editor en 1853. Publicado por primera vez en Boston en 1847, el libro del abogado e historiador norteamericano llegaría, casi inmediatamente, a manos de los lectores peruanos, que hicieron de él uno de los manuales más consultados sobre la historia incaica en la segunda mitad del Ochocientos y las primeras décadas del Novecientos.

<sup>16</sup> La tesis de bachiller de Valcárcel se publicaría unos años más tarde. Véase, *Del ayllu al imperio*, Lima, Editorial Garcilaso, 1925.

adopción, se inspiraba no ya en las doctrinas de los evolucionistas del fin de siglo, sino, sobre todo, en los textos del sociólogo y antropólogo alemán Heinrich Cunow (1862-1936). Cunow, uno de los pocos antropólogos marxistas de su tiempo, ubicaba al ayllu como la unidad básica del Imperio y procuraba, así, demostrar la existencia del comunismo agrario en el Perú antiguo.<sup>17</sup> La preocupación principal de Valcárcel, como la que se apreciaría años más tarde en los libros de otro abogado militante, Hildebrando Castro Pozo, *Nuestra comunidad indígena*<sup>18</sup> y *Del ayllu al cooperativismo socialista*,<sup>19</sup> era establecer un nexo de identidad —aunque fuese débil y disminuido por la opresión colonial y la indiferencia republicana— entre la comunidad de indígenas actual y el antiguo ayllu incaico, en el que, a su juicio, habrían imperado los valores de la cooperación, de la integridad moral y de la contracción al trabajo. La impronta empirista de Cunow se advierte nítidamente de las pesquisas etnológicas que, poco después, Valcárcel y sus alumnos emprenden entre los ayllus que circundaban la ciudad imperial y cuyos resultados se publicarían en la *Revista Universitaria* cuzqueña.

El indigenismo limeño, preocupado más por el problema de la asimilación del indio a un proyecto nacional, dio pie también a numerosas tesis y monografías de Derecho que acogen el paradigma incanista. En San Marcos, nada menos que Víctor Andrés Belaúnde, hacia 1908, abre la saga con su tesis de doctor en Jurisprudencia, *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*.<sup>20</sup> El trabajo es un balance erudito de las opiniones de los exponentes más renombrados de la escuela sociológica. Belaúnde rehusa el romanticismo de los historiadores decimonónicos (Prescott, Lorente, Charles Wiener) cuando abordan el pasado incaico. Incluso el respetado *Curso de Historia del Derecho peruano* (Lima, 1876) de Román Alzamora será blanco de sus reservas. Las teorías de Spencer, Letourneau, Cunow, Pareto y De Greef, así como los estudios del boliviano Bautista Saavedra sobre el ayllu y la hipótesis de José de la Riva Agüero sobre el desarrollo del Estado militarista inca, reciben el beneplácito del estudioso mistiano, quien concluye recomendando un enfoque realista de las antiguas instituciones, en el que se aúnen el trabajo de campo y el estudio de los factores sociales. Lo secunda, en 1909, el estudiante de Derecho y de Letras, Pedro Yrigoyen, quien bosquejaría unas *Inducciones acerca de la civilización incaica*.<sup>21</sup> Aunque presentada para

<sup>17</sup> Heinrich CUNOW, *Las comunidades de aldea y de marca en el Perú antiguo*, Lima: J.A. Encinas y J. Jiménez editores, 1929 [1890]; *El sistema de parentesco peruano y las comunidades gentilicias de los Incas*, París, Imprenta de «Le Livre Libre», 1929 [1891]; *La organización social del imperio de los incas*, tr. María Woitscheck, Lima, Editorial «Librería Peruana», 1933 [1896]. Los tres aparecerían como los volúmenes 2, 1 y 3, respectivamente, de la «Biblioteca de Antropología Peruana» que auspiciaba José Antonio Encinas.

<sup>18</sup> Hildebrando CASTRO POZO, *Nuestra comunidad indígena*, Lima, Tip. «El Lucero», 1924.

<sup>19</sup> Hildebrando CASTRO POZO, *Del ayllu al cooperativismo socialista*, Lima, Economía y Finanzas, 1936.

<sup>20</sup> Víctor Andrés BELAÚNDE, *El Perú antiguo y los modernos sociólogos. Introducción a un ensayo de sociología jurídica peruana*, Lima, Imprenta y Librería de San Pedro, 1908, 120 pp.

<sup>21</sup> Pedro YRIGROYEN, *Inducciones acerca de la civilización incaica*, Tesis de bachiller en Letras, Lima, Imp. «La Industria», 1909, 134 pp. También, por entregas, en la *Revista Universitaria*, entre 1909 y 1910. Años más tarde, hacia 1922, Yrigoyen reuniría sus contribuciones en torno a la temática indigenista en

el grado de bachiller en Letras, Yrigoyen dispensaba no pocas páginas a desentrañar el Derecho inca. Unos años después, el futuro magistrado e historiador piurano Luis Antonio Eguiguren vuelve a la temática historicista e incanista en su tesis de bachiller, *Ensayo sobre el sistema penal incaico*, sustentada el 15 de mayo de 1913. Curiosamente, ninguno de los autores ponía en duda la existencia de un aparato normativo anterior a la conquista española.

Otras contribuciones del mismo sesgo fueron *El matrimonio incásico*, de Recaredo Pérez Palma, del año 1920, y *El Derecho en el Imperio de los Incas* de Enrique Ramírez Clavero, tesis de bachiller del año 1929. Aunque con menor asiduidad, el celo prehispanista no decaería del todo entre los estudiantes de Derecho de las décadas de 1930 y 1940. Así lo demuestran las tesis de bachiller, de hálito historicista, alcanzadas por los estudiantes sanmarquinos Agustín Martos Álvarez, *El Derecho a través de la evolución cultural en el antiguo Perú*, y Germán Muñoz Puglisevich, *La familia, la propiedad y el Estado en el antiguo Perú*, ambas inéditas. En 1939, recogería la posta Alfonso Rivas Plata con una original indagación diacrónica: *Estudio comparativo del inca, virrey y presidente a través de la historia del Derecho peruano*. Abraham Gómez escribe, hacia 1940, como tesis de bachiller, una curiosa *Historia comentada del procedimiento penal en el Perú, referente a los delitos contra el honor sexual, desde el Incanato hasta el día*. En el mismo año de 1940, Alejandro Manco Campos esboza otro trabajo de síntesis en su disertación de bachiller, *Historia de la propiedad de la tierra en el Perú*. A fines de 1942, la que fuera primera embajadora peruana, Carmela Aguilar Ayanz, también para optar el bachillerato, formula unas *Manifestaciones de Derecho internacional en las épocas preinca e inca*.<sup>22</sup>

En la Pontificia Universidad Católica serían sustentadas varias tesis de bachiller cuyo cometido era la reconstrucción del pasado jurídico precolombino. En general, se trató de esfuerzos sintéticos, pero enfocados en una rama específica del conocimiento legal. La predilección por el régimen punitivo —quizá el más llamativo— resulta evidente. Así, en 1935, Óscar Castellares Vergara consagra su tesis de bachiller a *La penalidad incaica*. Castellares adopta un fundamento teológico: la distinción entre el pecado y el delito es ínfima y no hay otra diferencia que la gravedad, según se trate de delitos públicos o privados. Los públicos se cometen contra la religión, el inca y los gobernantes, mientras que los privados vulneran los derechos de las personas del común. El tesista limeño anota que los incas llaman al pecado «*jucha*» y al delito

---

*El conflicto y el problema indígena*. Artículos publicados en «El Comercio» de Lima, con notas complementarias, Lima, Sanmartí y Cía., 1922.

<sup>22</sup> Una copia mecanografiada de la tesis de Carmela Aguilar Ayanz, fechada en Lima, el 31 de diciembre de 1942, es custodiada en la colección de manuscritos de la Sala de Investigaciones de la Biblioteca Nacional del Perú.

«*jatun jucha*», mientras que el «*tapai jucha*» denomina al pecado abominable.<sup>23</sup> En el mismo año, José Irigoyen A. presenta una disertación sobre *El Derecho en el Imperio de los Incas*. De 1936 es la tesis de bachiller de Andrés León Montalbán, *El Derecho penal del Incanato*, en tanto que en 1939, Wenceslao Rossell de Cárdenas bosqueja un estudio sobre *La evolución histórica y el Derecho penal del Tahuantinsuyo*. Por último, Hermógenes Colán Secas trata acerca de *El delito, la pena y la organización judicial en el Imperio de los Incas*, en su tesis de bachiller de 1942. Colán analiza las «bases del delito y de la pena en el Incanato», describe los tipos de cárceles, la organización judicial y el sistema punitivo incaico, donde distingue entre los delitos contra el Estado y los delitos contra el orden social privado.<sup>24</sup>

En el sur del país, las Universidades de San Agustín de Arequipa y San Antonio Abad del Cuzco fueron activos centros de irradiación del indigenismo jurídico. A sus claustros llegaban no solamente los jóvenes de esos departamentos, sino también estudiantes originarios de Puno, Tacna y Moquegua, e inclusive de Bolivia y de Chile. En la Universidad cuzqueña la inquietud por rescatar el Derecho indígena contemporáneo iba de la mano con las perspectivas historicista e incanista. Varias tesis de Derecho precolombino serían publicadas en la *Revista Universitaria*, bajo el magisterio del rector de San Antonio Abad, el norteamericano Alberto Giesecke (Filadelfia, 1883 – Lima, 1968), quien insistía en la necesidad metodológica de conocer la realidad circundante. Como hemos visto, el marco teórico de estas monografías lo facilitan las teorías evolucionistas de Darwin, el anarquismo de Bakunin y la sociología spenceriana. Así se advierte de la disertación de doctor en Jurisprudencia del joven puneño Juan de Dios Tresierra, *Guerra, comunismo y comercio*, expuesta en 1910.<sup>25</sup> Otro esfuerzo en ese rumbo, no solo aplicado a la reivindicación del Derecho inca, sino también a la valorización del potencial económico andino, se aprecia de la ambiciosa tesis de doctor de Cosme Pacheco, *Las industrias peruanas, en los períodos de su existencia, han seguido un movimiento proporcional a la evolución de la vida social*,<sup>26</sup> sustentada en la Universidad del Cuzco el 20 de setiembre de 1910. Según optimista juicio de

<sup>23</sup> Óscar CASTELLARES VERGARA, *La penalidad incaica*, Tesis de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1935, 17 pp.

<sup>24</sup> Las tesis pueden revisarse en la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no en los originales, que han sido desechados, sino en imperfectas transparencias. Una versión sintética de las mismas puede hallarse en Miguel Ángel RODRÍGUEZ REA y Martín CARRILLO CALLE, *Resúmenes de tesis de Bachillerato en Derecho (1931-1980)*, Lima, Dirección Académica de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

<sup>25</sup> Juan de Dios TRESIERRA, *Guerra, comunismo y comercio son los tres estados sociales por los que ha pasado la humanidad en todas las esferas del Derecho para llegar al de la civilización y cultura que hoy ostenta*. Tesis sustentada por [...] para optar el grado de doctor en Jurisprudencia y el título de abogado. Año de 1910, Cuzco, Tip. «La Sin Par», 1910, 18 pp.

<sup>26</sup> Cosme PACHECO, *Las industrias peruanas, en los períodos de su existencia, han seguido un movimiento proporcional a la evolución de la vida social*, Cuzco, Tip. «La Sin Par», 1910. 40 pp. sustentada en la Universidad del Cuzco el 20 de setiembre de 1910.

Pacheco, «inspirado el Perú en el glorificado trabajo de la antigüedad, en las duras lecciones del pasado y en los abundantes recursos del presente», no estaba lejano el día en el que el país ocuparía «el rol que le corresponde en el concurso de las naciones que marchan a la vanguardia del progreso». Las razones de ese augurio se hallaban, según el estudiante y futuro catedrático cuzqueño, en el pasado fastuoso del Tahuantinsuyo, cuyos «gérmenes de grandeza» eran las razas indígenas originarias, al que seguiría «una evolución continua, regida por las inexorables leyes de la naturaleza».<sup>27</sup>

La tesis de Cosme Pacheco no podía ser más original. Sostenía que el gobierno de los Incas estaba regido por «leyes estrictas y prácticas, que echaron hondas raíces en la conciencia social». Así, la grandeza de ese imperio se debía, sobre todo, a «una transformación profunda operada por el genio de los Incas en el corazón mismo del pueblo», lo que le garantizaba el bienestar y el orden, aun con desmedro de una libertad que a fin de cuentas era «más metafísica que real».<sup>28</sup> Para Pacheco, la conquista, «llevada a cabo por la intriga y la fuerza de las bayonetas», había detenido esa fructífera evolución. «La antigua propiedad comunal —sostiene el autor imperial— fue plagiada por la propiedad privada y exclusiva de los españoles»; y agrega:

[E]l trabajo, antes glorificado, fue mirado con horror y encomendado a ignorantes mestizos, sometidos a humillante servilismo; a los negros importados del África, reducidos a esclavitud; y a los naturales del país, siervos de las mitas, encomiendas y repartimientos, desheredados de todo derecho, con múltiples obligaciones e impuestos y considerados como acémilas.<sup>29</sup>

Hoy, tras un «pasado de grandeza, seguido de un ocaso de expectación», el desarrollo del país debe volver a sentar sus bases sobre la educación del pueblo y el fomento a los hábitos del trabajo, ambos heredados de los Incas.

En Arequipa, de acuerdo con la nómina de tesis de la Universidad agustina, recientemente enumeradas e inventariadas,<sup>30</sup> la temática incanista animó también la curiosidad de los alumnos. En efecto, en 1920, José Mendoza del Solar se propone trazarla, en tanto que, hacia 1926, Luis Piana entregaba su tesis. Muchos años después, pero quizá todavía dentro de la tradición del historicismo nostálgico, hallamos la tesis de Álvaro Pilco Romero, sustentada en 1958. Similar prolongación se observa en la monografía de Arturo Castro Loayza, defendida en la Universidad cuzqueña en 1955.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 3-4.

<sup>30</sup> Véase, el trabajo —aún inédito— de Diego SALINAS MENDOZA, *Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa correspondientes a los años de mil novecientos a mil novecientos noventa y nueve*. Mecanografiado. Lima, 1999.

Entre tanto, el pasado jurídico nativo es objeto de revalorización por parte de los colaboradores de las revistas jurídicas, sobre todo del interior. Así, un cultor impenitente del Derecho precolombino, el abogado huanuqueño José Varallanos, publica en el número inaugural de *El Derecho*, órgano del Colegio de Abogados de Junín, extractos de un estudio mayor sobre las llamadas «leyes del Inca» transmitidas por Guaman Poma de Ayala en la primera parte de su *Nueva Cronica*.<sup>31</sup> Otro tema favorito de los autores del período, el aparato punitivo prehispánico, es abordado por Mario Puga Imaña en una contribución inserta en *El Foro* de Chiclayo hacia 1944.<sup>32</sup> Puga, quien acababa de recibirse de bachiller en Derecho por San Marcos, en 1942, justamente con una tesis sobre *Condición jurídica del trabajo en el Perú prehispánico*, basa su ensayo sobre la penalidad primitiva en dos etapas: el Derecho preinca, que admite hallarse «sumido en la oscuridad del tiempo»; y el Derecho incaico, que es factible reconstruir a partir de los datos de los cronistas. Las referencias a los estudios de Hermann Trimborn y las citas de los cronistas Garcilaso, Cobo y Guaman Poma alimentan este conciso trabajo.

Las revistas limeñas no palidecen al acoger la propuesta incanista. En 1914, Alberto Freundt Rosell entrega a la *Revista Universitaria* de San Marcos una contribución sobre «El trabajo en el antiguo Perú»,<sup>33</sup> donde, con el auxilio de los cronistas clásicos —citados, es verdad, de segunda mano de los libros de Cunow y de Riva-Agüero—, Freundt consideraba el régimen laboral inca como un «producto de cerebros provisosores, que diera tan buenos resultados en la protección y el amparo del indio». No dudaba el joven autor, quien acepta sin más la tesis del comunismo primitivo, de calificar a los Incas como «amos absolutos», que dictaban normas sabias para el mantenimiento de la población hábil, que aseguraban el sustento de los incapacitados para el trabajo, y que «distribuían sus tierras, generosos, para el alivio de tanto desgraciado». «Todos trabajaban —dictamina Alberto Freundt—, la ociosidad era condenada, todos tomaban parte en esa gran máquina: el trabajo colectivo». En ese sistema casi perfecto, empero, Freundt echa de menos un espacio para la iniciativa individual: «los indios —escribe— eran esclavos de su gobierno; resignados y temerosos, jamás alimentaron en su pecho la llama sagrada de la libertad, consecuencia natural de su civilización estacionaria».<sup>34</sup> Hacia 1927, en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, que impulsaban los alumnos sanmarquinos, Pedro del Águila ensaya un acercamiento a los elementos totémicos de la organización prehispánica,<sup>35</sup> a la vez que insiste en el

<sup>31</sup> José VARALLANOS, «Las leyes del Inca, según Guaman Poma de Ayala», *El Derecho*. Órgano del Colegio de Abogados de Junín, año I, núm. 1, enero de 1940, pp. 49-67.

<sup>32</sup> Mario PUGA IMAÑA, «La norma penal y su aplicación en el Perú prehispánico», *El Foro*. Órgano del Colegio de Abogados de Lambayeque, T. IV, año IV, núms. 18-19, 30 de diciembre de 1944, pp. 108-116.

<sup>33</sup> Alberto FREUNDT ROSELL, «El trabajo en el antiguo Perú. Monografía presentada al curso intensivo de Filosofía del Derecho en el año de 1914». *Revista Universitaria*, año IX, vol. II, julio de 1914, pp. 65-73.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 65-66, 72.

<sup>35</sup> Pedro DEL ÁGUILA, «Las bases totémicas de la organización social», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año I, núm. 1, 1927, pp. 56-64.

socorrido tema del sistema penal incaico.<sup>36</sup> Al año siguiente, los editores de la cuarta *Gaceta Judicial* insertan un ensayo del autor argentino N. Rodríguez del Busto, sobre la supuesta administración de justicia en el imperio inca.<sup>37</sup> En la *Revista del Foro*, el elemento precolombino habrá de esperar hasta 1938, año en el que Edilberto Boza presenta una elogiosa reseña del libro de Horacio H. Urteaga, *La organización judicial en el Imperio de los Incas*,<sup>38</sup> y de allí, hasta la década de 1960, con el estudio de Juan José Vega en torno a la represión del robo en el incanato.<sup>39</sup>

#### 4. LAS PERVIVENCIAS

*La raza indígena del Perú no vive el Derecho Civil moderno, formulado por el código del mismo nombre. Pero tampoco vive arbitrariamente ni al azar...*

Víctor J. GUEVARA (1924)

Sería en provincias, específicamente en el Cuzco, donde emergerán las primeras inquietudes por delinear las instituciones precolombinas que sobrevivieron en el mundo moderno. En ese escenario óptimo que era la ciudad imperial, Daniel Taboada, hacia el año 1905, expone una temprana tesis sobre *La familia indígena*. Un lustro después, gracias a los esfuerzos de Alberto Giesecke y sus colegas y discípulos Luis Eduardo Valcárcel, Francisco Ponce de León, César Antonio Ugarte, Víctor J. Guevara, los hermanos José Gabriel y Félix Cosío, entre otros, la *Revista Universitaria* del Cuzco, núcleo editorial de las inquietudes indigenistas, insertará a partir de 1912 una cadena de artículos (tesis, estudios y ensayos) que resaltan la continuidad secular del Derecho aborígen. Abriría el elenco hemerográfico un letrado en ciernes y etnólogo precoz, Félix Cosío, quien intenta una evaluación de las complejas formas nativas de tenencia y trabajo de la tierra, en un estudio que recoge la revista de la universidad cuzqueña en 1916.<sup>40</sup> Con el mismo propósito realista, hacia 1918, el abogado Pastor Ordóñez escribe una elogiada tesis de doctor en torno a los *varayoc* y su incorporación al Derecho oficial, que la *Revista Universitaria* publicará por entregas entre los meses

<sup>36</sup> Pedro DEL ÁGUILA, «Las instituciones penales de los Inkas», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año I, núm. 2, 1927, pp. 51-66.

<sup>37</sup> N. RODRÍGUEZ DEL BUSTO, «Organización y aplicación de la justicia en el tiempo incaico», *La Gaceta Judicial*, año I, núm. 6, 31 de octubre de 1928, pp. 3-7.

<sup>38</sup> Edilberto BOZA, «La significación de un libro. La organización judicial en el Imperio de los Incas, por Horacio H. Urteaga», *La Revista del Foro*. Órgano del Colegio de Abogados, año XXV, núms. 1, 2 y 3, enero-marzo de 1938, pp. 47-51.

<sup>39</sup> Juan José VEGA, «Las medidas preventivas contra el robo en el Tahuantinsuyo», *La Revista del Foro*. Órgano del Colegio de Abogados de Lima, año XLVII, núm. 3, setiembre-diciembre de 1960, pp. 38-45.

<sup>40</sup> Félix COSÍO, «La propiedad colectiva del ayllu», *Revista Universitaria*. Órgano de la Universidad del Cuzco, año V, núm. 17, setiembre de 1916, pp. 10-42.

de marzo de 1919 y junio de 1920.<sup>41</sup> En esa monografía, Ordóñez describe minuciosamente las atribuciones de los envarados y su rol de enlace entre los indígenas y el mundo judicial y administrativo de *mistis*, criollos y blancos. Con un criterio objetivo, el autor cuzqueño sostiene que bastaba este elemento intermediador para justificar la subsistencia de los *varayoc* y su regulación por el Derecho positivo.

Para el mismo vocero académico, hacia 1924, el militante indigenista Víctor J. Guevara entregará un interesante artículo sobre las figuras jurídicas consuetudinarias diseminadas en la región.<sup>42</sup> Guevara, quien examina las pervivencias nativas en materia de matrimonio, familia, sucesiones, propiedad y contratos, afirma que existe solamente una «remota adaptación de las instituciones jurídicas usuales indígenas al Derecho civil ario actual [sic]». <sup>43</sup> Refiere que el matrimonio indígena es «un contrato para la proliferación y para la mutua asistencia», y que, en consecuencia, solo dura mientras subsisten la cooperación y el afecto. <sup>44</sup> Guevara dedica algunas líneas a la figura del servicio o *sirvinakuy*, que considera una fase preliminar, anterior a la unión matrimonial propiamente dicha: si fracasa la cohabitación la disolución se formalizará mediante el reintegro de los presentes intercambiados durante la petición de manos o *rimayucuy*. El indigenista cuzqueño se ocupa luego del divorcio indígena: cuando es solicitado por el varón, este devolverá a la mujer al hogar paterno; si, por el contrario, es la cónyuge la afectada, será ella quien retorne voluntariamente al hogar o se hará recoger por sus parientes. Si hay hijos, serán reclamados por los padres de la mujer, mientras que no cabe indemnización alguna por la pérdida de la virginidad. <sup>45</sup> Puntualiza Guevara que la familia aborígen es concebida como una verdadera «empresa de trabajo», donde los hijos son un capital y donde, para sorpresa del autor, no existe diferencia entre los hijos propios y los extramatrimoniales, pues el afecto se dispensa según la contracción a las faenas de la vida diaria. En cuanto al Derecho sucesorio, el articulista imperial señala otro rasgo singular: la madre y los hijos participan en partes equivalentes de la masa hereditaria dejada por el padre. Según otra regla hereditaria andina que llama la atención de Guevara, a los vástagos varones corresponden mayores porciones de tierra; en tanto que el ganado es destinado prioritariamente a las causahabientes mujeres. <sup>46</sup> Al igual que los contratos, la facción de los testamentos es

---

<sup>41</sup> Pastor ORDÓÑEZ, «Los *varayoc*. Estudio sobre una forma de gobierno y administración local», *Revista Universitaria*. Órgano de la Universidad del Cuzco, año VIII, núm. 27, marzo de 1919, pp. 27-40; núm. 29, setiembre de 1919, pp. 41-48; año IX, núm. 31, marzo de 1920, pp. 33-42; núm. 32, junio de 1920, pp. 74-83.

<sup>42</sup> VÍCTOR J. GUEVARA, «Derecho consuetudinario de los indios del Perú y su adaptación al Derecho moderno», *Revista Universitaria*. Órgano de la Universidad del Cuzco, año VIII, núms. 44-45, 2do. y 3er. trimestre de 1924, pp. 119-125.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 122-123.



verbal y registrada mnemónicamente por testigos de la misma comunidad. Por excepción, señala el autor, solo cuando hay bienes relativamente cuantiosos, los indígenas acuden al notario y, en casos extremos, solicitan la consejería del juez de paz.<sup>47</sup>

La *Revista del Derecho* del Colegio de Abogados del Cuzco custodia un sugerente artículo del abogado Ricardo Campana en torno a «El matrimonio indígena».<sup>48</sup> Se trata de la tesis para la obtención del bachillerato en Jurisprudencia que Campana presentó hacia 1933 en la Universidad cuzqueña. El autor se detiene en tres instituciones: el *rimayukuy*, el *tiarichikuy* y el *servinakuy*. El primero consiste en la petición nupcial que formula el indio por intermedio de sus familiares. El autor explica que un «no» rotundo no equivale necesariamente a un rechazo por parte de los parientes de la pretendida, pues media una complicada negociación. Por lo general el ofrecimiento de un regalo y de licor, proporcional al rango de la mujer solicitada, vence los resquemores fingidos o reales de los padres de la novia. Campana también se ocupa del *tiarichikuy*, que es el momento en el que una vez aceptado el inicio de la relación, el novio, acompañado de parientes y amigos, concurre a la casa de la novia llevando consigo meriendas, chicha y alcohol. Terminada la fiesta, la mujer es conducida a la casa del varón en compañía de todos los concurrentes. La tercera institución examinada es el *servinakuy*, que Campana equipara plenamente al matrimonio como «una comunidad perfecta de vida». «Pasados algunos años —anota el estudioso— reciben la bendición sacerdotal o la unión laica; dichas uniones son reconocidas, protegidas y amparadas por la ley».<sup>49</sup> Esta última formalidad no es en absoluto indispensable: «el indio no se halla precisado al matrimonio, sea confesional o laico, para asignar a su unión un contenido jurídico [...]. El indio, antes de caer arrodillado ante el altar, sacrificado por el dogma teologal que lo atosiga, y el mercantilismo sacerdotal que lo extorsiona, observa, prevé y calcula. Sabe que la reciprocidad de afectos, la unicidad de esfuerzos, son requisitos que fundamentan su vida familiar».<sup>50</sup>

En la brillante tesis de Ricardo Campana, el hogar indígena, para utilizar su propio lenguaje, «no es un tema de inspiración sentimental», sino, ante todo, una realidad orgánica. El autor fustiga a aquellos autores que han considerado al *servinakuy* como un matrimonio a prueba.

Esta aseveración —enfatisa— es completamente falsa, porque siguiendo la tradición indígena, el *servinakuy* no es un período experimental ni provisional. Es una comunidad perfecta de vida, con carácter estable y definitivo. Pero como la ley no le da plenitud jurídica por defecto de forma, pueden las partes desistirse,

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>48</sup> Ricardo CAMPANA, «El matrimonio indígena», *Revista del Derecho*. Órgano del Colegio de Abogados del Cuzco, año XIII, núm. 79, junio de 1933-enero de 1934, pp. 7-21.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>50</sup> *Idem*.

como en efecto se desisten, destruyendo dichas uniones, así como también propenden mantenerse en ellas por tiempo indeterminado de cinco, diez, veinte años, o por toda la vida, sin ninguna solemnidad ni rito.<sup>51</sup>

También para el órgano gremial cuzqueño, Rafael Lechuga dedicará un artículo en torno a «La sucesión hereditaria entre los indígenas».<sup>52</sup> Los abogados huamanguiños no se sustrajeron a la inquietud por delinear la continuidad del Derecho aborígen. Una muestra se halla en el artículo del abogado Luis Alfredo Gutiérrez, «Algunos aspectos del Derecho consuetudinario indígena»,<sup>53</sup> inserto en la revista *El Derecho* del Colegio de Abogados de Ayacucho. Algo más tardíamente, hacia 1945, el estudiante de la Universidad de Trujillo, Juan Salguero, esgrime una tesis que encierra una afirmación rotunda: *El servinaky es un estado matrimonial*.

El interés por el rescate de las instituciones nativas con referencias al pasado jurídico se trasladaría, por la misma época, a la Universidad de San Marcos de Lima, como es de verse de la tesis de doctor de Alberto Castro Fernandini, *Evolución histórica de la propiedad en el Perú*, sustentada en 1917, en la que se postula la persistencia de diversas figuras de atribuida raigambre precolombina. Secunda a este trabajo, en 1918, la tesis doctoral *Los antecedentes históricos del régimen agrario peruano*,<sup>54</sup> defendida por el prematuramente desaparecido economista y constitucionalista cuzqueño, César Antonio Ugarte, que fuera asistente de cátedra en San Marcos de Manuel Vicente Villarán y un personaje vinculado luego al régimen de Leguía.<sup>55</sup> Continúan en la senda los postulantes a bachiller José Manuel Osoreo, con *El medio peruano jurídico-social*, monografía del año 1918, y Federico Maguiña, quien en 1920 esgrime una tesis sobre *Crisis del Derecho y de la Justicia en la raza indígena; sus causas y reformas que deben implantarse*.<sup>56</sup> Un tema predilecto del indigenismo jurídico, el llamado «matrimonio

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>52</sup> Rafael LECHUGA, «La sucesión hereditaria entre los indígenas», *Revista del Derecho*, núm. 86, pp. 28 y ss.

<sup>53</sup> Luis Alfredo GUTIÉRREZ, «Algunos aspectos del Derecho consuetudinario indígena», *El Derecho*. Órgano del Colegio de Abogados de Ayacucho, núm. 24, pp. 4 y ss.

<sup>54</sup> César UGARTE, *Los antecedentes históricos del régimen agrario peruano*, tesis de doctor en Jurisprudencia, Lima, 1918. También en *Revista Universitaria*. Órgano de la Universidad Mayor de San Marcos, año 1923, 2do. Semestre, vol. II, pp. 318-398.

<sup>55</sup> Véase una necrología de Ugarte en *Revista del Derecho*. Órgano del Colegio de Abogados del Cuzco, año XIII, núm. 79, junio de 1933-enero de 1934, pp. 5-6. Firma con sus iniciales, el director de la revista, Rafael Aguilar.

<sup>56</sup> Aun cuando algunos de estos trabajos se hallarán distribuidos entre el Archivo Histórico Domingo Angulo y la Biblioteca Central de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quedan muchos vacíos. Son útiles los repertorios editados por la Universidad de San Marcos en la década de 1940: *Nómina de graduados de la Facultad de Derecho*, Lima, Taller de Linotipia de la Universidad, 1944 y *Catálogo de tesis de la Facultad de Derecho*, Lima, Taller de Linotipia de la Universidad, 1944. Las tesis de Derecho aparecidas en los 32 tomos de los Anales Universitarios, antiguo órgano oficial sanmarquino, han sido listadas por Amalia CAVERO MARIÁTEGUI en su «Índice de las tesis publicadas en los Anales Universitarios», *Biblion*, núm. 2, diciembre de 1942, pp. 13-14. También trae valiosa información Germán APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ. *Código civil. Concordancias*. Lima: 1941, particularmente el tomo 9.

a prueba», será materia de la tesis de bachiller del alumno sanmarquino Lizardo Arancibia, *El servinaky. Contribución al estudio del Derecho Peruano*, sustentada el año de 1934 y que Jorge Basadre utilizará en sus apuntes de clase en la década de 1940.

Renglón aparte merecen los trabajos juveniles del geógrafo y economista puneño Emilio Romero y Padilla (Puno, 1899 – Lima, 1993). Romero, quien inicia su producción con un *Ensayo sobre las multitudes indígenas*, que fuera su tesis de bachiller de 1923, colaborará en los órganos limeños de vanguardia *Amauta* y *La Sierra*, que acogían las contribuciones de quienes abogaban por un cambio en la legislación.<sup>57</sup> Para la revista *Amauta*, hacia 1928, el estudioso escribe un breve artículo sobre la relación entre la costumbre nativa y el Derecho positivo nacional,<sup>58</sup> en el que reclamaba a los legisladores recoger normativamente las prácticas tradicionales en torno a permuta, compraventa, sociedad, préstamo, contrato de trabajo, tierras, medidas agrarias, etc. Convertido ya en uno de los principales voceros del indigenismo jurídico, Romero publicaría en *La Gaceta Judicial* de 1928 un breve texto sobre los *jilakatas*, la autoridad aymara equivalente al *varayoc* quechua.<sup>59</sup> El envarado, escribe, «lleva un bastón lujoso cubierto de chapas de plata labrada y puño de plata maciza». El término *jilakata*, explica luego, provendría de la voz *jilata*, que significa «el mayor». A juicio del autor —tal como diez años antes lo había hecho el cuzqueño Pastor Ordóñez, a quien Romero elogia— la presencia de estos personajes resultaba fundamental por la obediencia que suscitaban entre la población rural. A ellos, afirma, y no al juez ni al gendarme, recurren los indígenas en sus conflictos, en el establecimiento del orden y en la sanción de las faltas. El indigenista altiplánico deplora que una circular oficial del 12 de febrero de 1870 haya despojado de fuerza coercitiva a estos jefes tradicionales, a diferencia del hábil reconocimiento que se les prodigó en el mundo colonial. Y escribe:

El verdadero nexo de unión entre la población india y la semi-india, en las sierras, es indudablemente el envarado o autoridad indígena. ¿Quién sino él es el portavoz de las órdenes superiores, de las noticias, del ejemplo y del llamamiento a cumplir nuestras leyes? Al llamamiento del *jilakata* los indios vienen por centenares de sus ayllus para construir nuestros caminos; a su orden se presenta el conscripto a nuestro ejército. Él sube hasta la cumbre nevada a llamar a la choza del indio, para decirle que las leyes de la patria lo llaman o lo protegen. El *jilakata* y el *varayoc* son las cadenas irrompibles que nos tienen felizmente unidos.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Véase José TAMAYO HERRERA, «El indigenismo limeño: “La Sierra” y “Amauta”. Similitudes y diferencias (1926-1930)», *Cuadernos de Historia*, núm. 4, Lima, Universidad de Lima. Facultad de Ciencias Humanas, 1988.

<sup>58</sup> Emilio ROMERO, «La costumbre indígena y el Derecho». *Amauta*, núm. 14, abril de 1928, p. 27.

<sup>59</sup> Emilio ROMERO, «Jilakatas», *La Gaceta Judicial*, año I, núm. 2, 1º de junio de 1928, s. p.

<sup>60</sup> *Idem*.

El geógrafo puneño concluye en que es indispensable que la ley reconozca a los *jilakatas*, en su función no solo cultural sino incluso jurídica y hasta judicial; ello, en sus palabras, constituiría una garantía para el «beneficio del bien general». <sup>61</sup> También en *Amauta*, en la edición de noviembre-diciembre de 1929, M. Julio Delgado contribuye con un corto estudio sobre «Normas consuetudinarias y de cooperación indígena en materia agropecuaria», <sup>62</sup> donde se bosquejan las formas de la mutualidad contractual aborigen: *aine*, *tutapay*, *minkay*, *malkoy*, *waqui* y otras.

---

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> M. Julio DELGADO A., «Normas consuetudinarias y de cooperación indígena en materia agro-pecuaria». *Amauta*, núm. 27, noviembre-diciembre de 1929, pp. 86-88.