

Guillermo Figallo / RESCATANDO EL
DERECHO ANDINO: Derecho Agrario y
Derechos Humanos.

*Fuente: Socialismo y Participación número 42; Lima
junio de 1988; páginas 13-19.*

PRÓXIMAS a cumplirse cinco centurias del encuentro de Colón con este Continente de la esperanza, ha empezado a descorrerse el velo de indiferencia que cubría el aporte del Nuevo Mundo al Derecho Universal y la supervivencia heroica de sus instituciones a la penetración de las importadas de otras realidades.

Siguiendo esa corriente de "encubrimiento" que así califica Leopoldo Zea a la actitud de los conquistadores frente a la realidad de esta región, hay quienes todavía se muestran reticentes a admitir la existencia de un *derecho inca* y sólo hablan de apenas un "pre-derecho" constituido por un conjunto de normas, costumbres religiosas, económicas y morales que no aparecen en una estructura orgánica compleja o sistematizada bajo instituciones propias del Derecho.

Frente a esta posición se alza la de nuestro insigne historiador y notable jurista Jorge Basadre que claramente afirma la existencia de un derecho inca. Pero, aunque negáramos el carácter de "Estado universal" que atribuye Arnold Toynbee al Imperio Incaico y éste no hubiera llegado a destruir las estructuras étnicas de los pueblos conquistados que mantuvieron su identidad política y sobrevivieron al Tahuantinsuyo, no puede dejar de reconocerse que existen patrones co-

munes que marcan, como señala Luis E. Valcárcel, la unidad histórica y cultural de los Andes y que, en consecuencia, sea por las instituciones jurídicas del Ayllu, el Tupu, el Ayne o ayuda mutua, la Minka o trabajo colectivo, la reciprocidad y redistribución de excedentes, los incas realizaron la unidad de la gran Nación Andina.

Los recientes estudios historiográficos han enriquecido los conocimientos que se tenían por intermedio de los cronistas quienes a los hombres andinos los vieron y pensaron a la europea; esta falta de objetividad es señalada por el notable historiador peruano, Raúl Porras Barrenechea, quien dice que el Cronista "empieza por alzar el pendón partidista apenas toma la pluma".

He ahí por qué ninguna de las interpretaciones dadas por los comentaristas españoles han explicado acertadamente la naturaleza jurídica del "tupu" el que se aparta de las concepciones romanísticas. El tupu no era una gracia o merced del inca, como sostuvo Fray Acosta, influenciado por el derecho regaliano, sino un derecho del que gozaban todos los miembros del ayllu, tampoco el dominio de la tierra era del inca y sólo el usufructo de la comunidad, como pensaba Bartolomé Cobo, pues el uso del tupu y la percepción de los frutos no era

VISITE NUESTROS GRUPOS DE DEBATE:

<http://groups.msn.com/DERECHOSDELOSPUEBLOS>

<http://es.groups.yahoo.com/group/IPDHI>

común sino individual, el inca no tenía la propiedad sobre la tierra, sólo la administraba, por lo que no podía haber usufructo del aylluruna que consiste en el uso de un bien ajeno.

El tupu es una institución propia del derecho inca que escapa a todo intento de ser encasillado dentro de moldes romanistas o germánicos.

Desconcertados además los cronistas ante las diferentes extensiones de los tupus, no advirtieron por falta de una concepción técnico-social de la distribución de la tierra, que el tupu respondía al criterio funcional de la Unidad Agrícola Familiar redescubierto por las Reformas Agrarias posteriores a la segunda guerra mundial de Italia y algunos países latinoamericanos.

Baudin, el célebre autor del "Imperio Socialista de los Incas" sostiene que más valdría calificar el sistema de colectivista porque el indio posee privadamente la cosecha de su tupu. Según este autor hubo en el Perú a la vez colectivismo agrario y socialismo de Estado, el uno muy anterior a los incas. El otro, establecido por éstos.

Característica del socialismo, expresa Javier Vargas, (al menos en su actual etapa) es la estatización, el empresariado del Estado, la economía dirigida, en sus principales funciones: producción, distribución y consumo, la reglamentación minuciosa de la vida ciudadana, reglas todas que se aplicaron en el Imperio Incaico.

El socialismo incaico debe entenderse como la existencia de un Estado regulador de la economía, trabajo y conducta de sus miembros y con un afán de buscar la igualdad y nivelación de la masa ciudadana en las principales funciones de la vida: labores, matrimonio; etc.

El derecho humano al trabajo fue

para el Estado Inca un derecho y un deber de todo habitante. Podría decirse del Imperio Incaico lo que hoy recogen algunas cartas políticas, que era "una república de trabajadores".

Los derechos sociales de los trabajadores se encontraban regulados teniendo en cuenta la edad, el sexo, la condición civil, el estado de salud, la naturaleza de la labor, etc.

En el Imperio se plasmó un completo mecanismo de ayuda al necesitado y al impedido de trabajar por vejez o enfermedad u otra causa justificada con un profundo contenido de solidaridad y de deber estatal que puede calificarse de acabado sistema de seguridad social.

Finalmente, cabe destacar que el trabajo tenía un sentido recreativo, el propio inca daba el ejemplo iniciando las labores del cultivo en el Imperio suscitando el entusiasmo de sus subditos. Dentro de la Ciudad del Cusco, en la falda de un cerro, había un gran andén llamado Colcampata cuyas tierras las labraban el Inca y las Pallas en medio de gran alegría.

La primera página de la historia jurídica de Hispanoamérica se abre con la afirmación fundamental de los derechos humanos respecto a la condición de los indios. Las ardorosas polémicas de Fray Bartolomé de Las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda acerca de la naturaleza humana de los pobladores oriundos de este Continente culminó con el triunfo de aquel "Dominico apasionado", al dictarse la Real Cédula de 20 de junio de 1580 que declaró "que los indios debían ser considerados como vasallos libres de la Corona de Castilla" ratificada después de ciertas vicisitudes por la del 2 de agosto de 1630 que decretó que ni aun en caso de "guerra justa" pudieran ser hechos esclavos los indios que se cautivaren".

VISITE NUESTROS GRUPOS DE DEBATE:

<http://groups.msn.com/DERECHOSDELOSPUEBLOS>

<http://es.groups.yahoo.com/group/IPDHI>

La conquista española significó la formulación de un nuevo derecho denominado "Derecho Indiano" que tenía primacía en su vigencia y era aplicable en todos los nuevos territorios. Sólo se podía acudir a las fuentes del Derecho Castellano a falta de principios o de las fuentes del propio Derecho Indiano.

El Derecho Indiano muestra una fisonomía ambigua, como trasbase del Derecho Castellano, fuertemente influenciado por el Derecho Romano. Fue un derecho de "implantación" que como el dios Jano tenía dos caras. Una que miraba los intereses de los conquistadores y de la metrópoli y otra que reconocía y utilizaba las instituciones jurídicas de los conquistados.

El Estado español premió generosamente a los audaces armadores de buques, capitanes y aventureros que arriesgaron unos sus fortunas y otros sus vidas en la empresa de la dominación de un mundo desconocido. Fue el derecho de los "repartimientos", de las "encomiendas", de las "mitas" y de los "obrajes". Modalidades de servidumbre impuestas a los vencidos con el pretexto farisaico del adoctrinamiento en la fe cristiana.

Fue el derecho del coloniaje al servicio de la casta dominante que llegó inclusive a alzarse en armas contra la Corona cuando ésta suprimió sus privilegios.

Con la aprobación del Papado, la Corona española asumió el dominio sobre los nuevos territorios de modo que las tierras pertenecientes al Estado Inca y al Culto del Sol pasaron a pertenecer por derecho de conquista al Estado español. Por tal razón, las tierras baldías, es decir "desocupadas" eran consideradas como una regalía. El dominio privado sobre ellas

había de derivar de una merced o gracia real.

La política de colonización española tuvo su expresión culminante en las "Ordenanzas de Descubrimiento y Nueva Población," promulgadas por Felipe II en 1573, que establecieron como condición para el perfeccionamiento del dominio la puesta en cultivo de las tierras adjudicadas y la residencia del colono en éstas durante un plazo mínimo que variaba de tres a ocho años. Advertían, además, que los repartimientos de tierras a los españoles debían hacerse sin vejamen a los indios, respetando sus poblados.

Las novísimas disposiciones de la República sobre colonización de tierras de Selva obedecen a los mismos principios.

Reconoce el distinguido historiógrafo del Derecho Español Oís de Capdequé que la regulación del dominio privado de las tierras en América seguía normas que se apartaban de las viejas concepciones romano-justinianas aplicadas por las propias fuentes del Derecho Castellano vigentes, aun cuando con carácter supletorio en estos territorios.

El Derecho Indiano, como expresión de la política colonizadora de España, establece un régimen especial para adquisición de la propiedad de las tierras de los nuevos dominios con resguardo en todo momento del derecho de los naturales.

Pero, al interior de este "nuevo" derecho, cabía, asimismo, la distinción del Derecho "indigenista" conformado por las normas tutelares sobre las personas y bienes de los indios.

La norma indigenista más importante fue sin duda la que mandó, "que los indios fuesen reducidos a pueblos y no viviesen divididos y separados por las sierras y los montes, privándoseles de todo beneficio espiritual

VISITE NUESTROS GRUPOS DE DEBATE:

<http://groups.msn.com/DERECHOSDELOSPUEBLOS>

<http://es.groups.yahoo.com/group/IPDHI>

y temporal, sin socorro de los. Ministros del reino y del que obligan las necesidades humanas, que deben dar unos hombres a otros", prescribiéndose que "los sitios en que se han de formar pueblos y reducciones tengan comodidad de aguas, tierras y montes, entradas y salidas y labranzas y un ejido de una legua de largo donde los indios puedan tener sus ganados, sin que se revuelvan con otros de españoles". "Que en cada pueblo y reducción haya un alcalde indio de la misma reducción; y si pasase de ochenta casas dos alcaldes y dos regidores, también indios: y aunque el pueblo sea muy grande no haya más que dos alcaldes y cuatro regidores y si fuese menos de ochenta indios y llegase a cuarenta; no más de un alcalde y un regidor, los cuales han de elegir por año nuevo otros, como se practica en pueblos de españoles en presencia de jlos curas".

Hubo sin duda en la creación de las reducciones de indios a pueblos el interés crematístico de facilitar el cobro del tributo a éstos. También la satisfacción de la necesidad de mano de obra para que labrase los campos abandonados por la despoblación debida a las guerras y a la huida de los indios a las alturas para librarse de los horrores de la mita. Pero, también existió otra razón poderosa que fue la creación de una eventual fuerza política constituida por un campesinado libre, cuya única lealtad estuviera dirigida a la Corona y que serviría de contrapeso al cada vez más poderoso dominio feudal de los encomenderos.

Formáronse así la "República de los Españoles" constituida por los vencedores en que el régimen de propiedad de la tierra obedece a un concepto romanista, con carácter absoluto y perpetuo y que derivó en el latifundio, y la "República de Indios",

en que la tierra pertenecía al común y sus frutos a quienes la trabajaban, bajo un sistema en que se conjugaban los elementos andinos autóctonos con los de las antiguas comunas ibéricas creando un régimen de propiedad especial con características que la definen como una institución propia del Derecho Andino.

La gesta de la Independencia y la organización de la República en el Siglo XIX implicaron la negación del Derecho Indiano y la adopción de los principios jurídicos de las nacientes repúblicas europeas derivadas de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Los indios sujetos de protección y tutela pasaron a ser formalmente iguales que los mestizos y criollos ante la ley. En el Perú el Libertador Simón Bolívar por Decreto del 4 de abril de 1824 los declaró propietarios de las tierras que poseían y, por otro lado, dispuso el reparto de las tierras "llamadas de comunidad" entre los indios que no gozaran de otra suerte de tierras; y en caso de haber sobrantes se vendieran; lo que significaba la disolución de las Comunidades. Iguales leyes se dictaron en otros países andinos.

Se ha cometido una injusticia histórica con el Libertador cuando se ha dicho que abrió paso al latifundio al haber propiciado la venta de las tierras de los indios.

Esta afirmación ha emanado seguramente de los propios hacendados para cohonestar su geofagia amparándose en el prestigio de Bolívar, pues, el 8 de julio de 1825 cuando había transcurrido apenas un año, éste suspendió la facultad de los indios para vender sus tierras hasta el año 1850. Indudablemente en tan corto tiempo no crecieron significativamente las haciendas.

VISITE NUESTROS GRUPOS DE DEBATE:

<http://groups.msn.com/DERECHOSDELOSPUEBLOS>

<http://es.groups.yahoo.com/group/IPDHI>

Según los Decretos Bolivarianos, que hubieran podido servir de base para una reforma agraria, basta que el indio o mestizo posea la tierra para que tenga la calidad de propietario, sin necesidad de título alguno. Recrean así el principio jurídico del ayllu, cuya expresión moderna es que el campesino es propietario de la tierra que trabaja.

La declaración bolivariana no admite prueba en contrario, ni requiere interpretación para ser aplicada. No establece una presunción sino un modo de adquirir que resulta propio del Derecho Agrario Andino. Conforme a éste cuando el campesino posee la tierra no cabe contra él la acción reivindicatoria por quien tuviera título de propiedad. En cambio, dentro de la concepción romanista sólo se presume que el poseedor es propietario, pero no se niega al que tiene título de propiedad su derecho a reivindicar el bien si los plazos prescriptivos no hubieran transcurrido.

La teoría de la "función social" de la propiedad tiene su precursor en el más notable jurista peruano de la independencia Manuel Lorenzo de Vidaurre, quien en el Congreso Pan-Andino de Panamá de 1827 presentó un proyecto de Ley agraria que establecía que "en todas las tierras que tienen propietarios se obligará a estos a que los cultiven entre plazos señalados; y no verificándolo sean vendidas a pagar al dueño el 1.5% de su valor".

Fundamentando su Proyecto, Vidaurre decía: "yo creo que el Estado protege el uso de los propietarios, no el abuso de ellos. Así como se consentiría a un propietario que formase en su pertenencia una laguna insalubre por el mal que resultaría a los demás, tampoco deberá consentírsele que destine su terreno a la infecundidad, que

es el principio del hambre y de la muerte".

Las Comunidades Campesinas demostraron una vitalidad indestructible. No obstante la clandestinidad jurídica a que fueron condenadas durante el Siglo XIX y las primeras décadas del presente subsistieron a los embates del latifundio y desarrollaron un derecho consuetudinario, constituyendo una institución sui-géneris recreada por los pueblos andinos.

Entre sorprendido y asombrado, el gran jurista peruano de la primera mitad de este Siglo Manuel Vicente Villarán nos describe cómo la Comunidad Andina escapa a los moldes del Derecho Civil. Así dice: no practican las comunidades la indivisión absoluta de la tierra, a no ser de los montes y pastos naturales. Los terrenos laborables son siempre divididos: cada comunero recibe su pequeña chacara separada y hace suya la cosecha respectiva. De manera que el régimen de las comunidades no coincide con lo que el Derecho Civil denomina posesión en común, o sea la condición de varios poseedores de una cosa antes de dividirse (como los llamados a una herencia indivisa); porque en la posesión proindiviso de Derecho Civil, la propiedad de cada condominio es sobre una parte alícuota de la cosa común y la división material sólo tiene lugar respecto de los frutos: mientras que en las llamadas comunidades de indígenas cada individuo posee una porción material de la tierra aunque sea por tiempo determinado, y los productos no están sujetos a repartición. El aborigen, miembro de una comunidad, no podría, por tanto, invocar ante los tribunales los derechos que la ley concede al poseedor proindiviso de una cosa común. En cambio, es poseedor único y puede reclamar sobre la parte material, que actualmente

VISITE NUESTROS GRUPOS DE DEBATE:

<http://groups.msn.com/DERECHOSDELOSPUEBLOS>

<http://es.groups.yahoo.com/group/IPDHI>

ocupa, todos los derechos inherentes al pleno dominio.

Y agrega: es curioso observar que las comunidades mantienen prácticas restrictivas para determinar quienes son miembros de ellas con derechos a participar de la distribución de tierras. No todo el que se traslada al lugar donde mora una comunidad se hace comunero: los goces se transmiten únicamente en las familias de los miembros de la comunidad. Los indígenas pertenecientes a ellas reciben, por ese solo motivo, su especie de hijuela en la tierra común: pero gozan de un beneficio voluntario no de un derecho legal: aprovechan una concesión espontánea de sus congéneres, no de una facultad declarada en nuestras leyes y provistas de acción judicial. En efecto, por leyes vigentes los indígenas poseedores actuales tienen el pleno dominio de las fracciones de tierras que ocupan en la comunidad y por lo tanto no les corresponden la obligación de ceder o reservar parte alguna de sus derechos a los miembros futuros de ella. El que no es poseedor actual en la comunidad no puede ante nuestras leyes reclamar nada de los demás.

Lamentablemente durante el presente siglo la organización del Estado y todo el aparato institucional se ha construido por y para los espacios sociales centrales de nuestros países sin consideración a la real composición y naturaleza de las sociedades nacionales.

Los grupos dominantes persisten en imitar los modelos de los países industriales del Norte sin percatarse de la creciente brecha entre países pobres y ricos, y de la inutilidad del esfuerzo, dada la radical diferencia de las respectivas estructuras sociales de base.

La vigencia de los derechos humanos y la igualdad de los hombres que

las Constituciones y las leyes recogen de modo literal, se convierten en instrumentos de discriminación y de segregación social al aplicarse sin reconocer la naturaleza diferenciada de las sociedades y de los espacios locales o regionales. Todos los pobladores del mundo rural sólo tienen acceso a la justicia por la acción de intermediarios al servicio de la sociedad central, son ciudadanos de "segunda clase".

En reciente Seminario celebrado en Lima sobre "Derechos Humanos y Servicios Legales en las zonas rurales de los Países Andinos" se ha llegado a la conclusión que existen en las organizaciones campesinas de la región diversos órdenes jurídicos efectivos para la solución de los conflictos entre sus miembros, y que estos órdenes, considerados como derechos consuetudinarios, son prácticas reiteradas que rigen importantes ámbitos de la vida de la población campesina de la Región Andina.

La existencia de estos derechos responde, entre otras causas, a la identidad cultural de los grupos campesinos que no sólo se ha mantenido durante centurias sino que se ha ido recreando dinámicamente para enfrentar los problemas actuales.

El rol de los derechos estatales en las zonas rurales andinas ha contribuido con diversa intensidad a la existencia de los órdenes jurídicos campesinos; en tanto ha generado, de un lado, una resistencia activa a su aplicación y, de otro, se han producido vacíos por la irrealidad del sistema jurídico dominante.

También hay ejemplos de la penetración del derecho consuetudinario en el derecho estatal, como ha sucedido con la modalidad peruana del matrimonio andino denominado "ser-vinacuy" estudiada con tanta acucio-

VISITE NUESTROS GRUPOS DE DEBATE:

<http://groups.msn.com/DERECHOSDELOSPUEBLOS>

<http://es.groups.yahoo.com/group/IPDHI>

idad por el distinguido profesor de Derecho de Familia Héctor Cornejo Chávez, que ha influenciado indudablemente en el reconocimiento constitucional del concubinato.

A modo de resumen, podemos decir que el mejor fruto del encuentro de América por los europeos fue el descubrimiento de la dimensión universal del hombre.

SUMARIO

Con rigor jurídico, el autor busca mostrar —más bien que demostrar— que más allá del pre-derecho que a lo sumo algunos reticentes admiten en el Tahuantinsuyo, en éste existió un auténtico derecho, diverso del conocido en el viejo mundo, y que constituye una rica contribución a la juridicidad universal. En esta línea de análisis señala la naturaleza jurídica del "Tupu", del "Ayllu", del "Ayne" o ayuda mutua, de la "Minka" o trabajo colectivo.

A modo de resumen Guillermo Figallo cierra su artículo diciendo que el mejor fruto del encuentro de América por los europeos fue el descubrimiento de la dimensión universal del hombre.

SOMMAIRE

Avec rigueur scientifique, l'auteur cherche a montrer —plutôt qu'à dé-montrer— qu'au déla l'avant-droit dont il n'y a que quelques uns réticents qui admittent son existence dans le Tahuantinsuyo, il y a existe un Droit authenti-que, différent de c^elui qui était connu dans le Vieux Monde, et qui constitue une riche contribution á la juridicité universel. Suivant son analyse il remarque la nature juridique du "Tupu", de l'"Ayllu", de l'"Ayne" ou entraide, de la "min-ka" ou travail colectif.

En somme, Guillermo Figallo finit son anide en disant que le meilleur fruit de la rencontre de l'Amérique par les européens fut la découverte de la dimensión universel de l'homme.

SUMMARY

Whith juridical sternness, the author looks forward to proving —instead of demostrating— that more over the pre-right that at least some réticents ad-mit in the Tahuantinsuyo, there existed an authentic right, différent from the knoum in the oid world that establishes a rich contribution to the universal jurisdiction. In this Une of analysis he points out the juridic nature of the "Tupu", the "Ayllu", the "Ayne" or mutual aid, the "minka" or collective work.

As a manner of a summary Guillermo Figallo finishes his article saying that the best profit from the encounter of America by the europeans was the discovery of the universal magnitude of man.

VISITE NUESTROS GRUPOS DE DEBATE:

<http://groups.msn.com/DERECHOSDELOSPUEBLOS>

<http://es.groups.yahoo.com/group/IPDHI>