

## LA DEUDA HISTÓRICA DEL BICENTENARIO: EL DERECHO INDÍGENA PERUANO VISTO DESDE EL SUR<sup>(1)</sup>

### THE HISTORICAL DEBT OF THE BICENTENARY: PERUVIAN INDIGENOUS LAW SEEN FROM THE SOUTH

**Boris Espezuía Salmón<sup>(2)</sup>**

Universidad Nacional del Altiplano de Puno

**Resumen:** A inicios del siglo XX en el sur del Perú, particularmente en Puno y Cusco, se gestó una preocupación por el Derecho indígena peruano. Ahora, a propósito de los 200 años de República, cabe recordar qué motivaciones tuvieron los impulsores de dicha propuesta, qué actividades desarrollaron, qué tipo de resonancia tuvieron sus aportes en el espectro nacional. El presente trabajo se enmarca dentro de las deudas históricas que ha tenido el país, los temas que ha dejado de lado, que ha descuidado, o deliberadamente no le ha prestado la debida atención. Uno de ellos, es el Derecho originario, indígena, ancestral que ahora es abordado como justicia intercultural, o pluralismo jurídico, y que recién empieza a ser tratado como una teoría y tendencia nueva que debe merecer un lugar en la construcción de un nuevo país en los próximos años.

**Palabras claves:** Derecho indígena, Historia del Derecho, indigenismo, legislación, pluralismo, interculturalidad.

**Abstract:** At the beginning of the 20th century in southern Peru, particularly in Puno and Cusco, a concern for Peruvian indigenous law arose. Now, with regard to the 200 years of the Republic, it is worth remembering what motivations the

---

(1) Esta es una versión adecuada del trabajo similar publicado en: SALMÓN, Boris Espezuía. "La deuda Histórica del Bicentenario: el derecho indígena peruano, visto desde el Sur". HISTORIA Y DERECHO, p. 19. El equipo de edición decidió su publicación por mayoría, tomando en cuenta su importancia para el debate jurídico regional en el Cusco.

(2) Doctor en Derecho. Docente de pre y posgrado en la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Miembro de la Sociedad peruana de Derecho Constitucional, autor de varios libros de Derecho, siendo el último "El Derecho desde la mirada del otro" Bases para la construcción del Pluralismo Jurídico en el Perú.

promoters of said proposal had, what activities they developed, what type of resonance their contributions had in the national spectrum. The present work is framed within the historical debts that the country has had, the issues that it has left aside, that it has neglected, or deliberately has not paid due attention to. One of them is the original, indigenous, ancestral Law that is now approached as intercultural justice, or legal pluralism, and that has just begun to be treated as a new theory and trend that should deserve a place in the construction of a new country in the next years.

**Key words:** Indigenous Law, Law history, Indigenism, Legislation, Pluralism, Interculturality.

## 1. Discurrir del Derecho indígena

Debemos señalar como marco general, que el indigenismo se enmarca en la genuina expresión del americanismo y de la peruanidad, pero, no en aquella que no tiene arraigo en sus componentes identitarios, en su sentido de cosmovisión, en su propia estructura o epistemología que da sentido, causa, naturaleza a su tradición. El americanismo que es implícito en lo peruano, nace de sus componentes de identidad, de aquello que no se puede desmontar porque pertenece a un mundo infranqueable, a un enfoque, a una forma de vida que a pesar de los avatares de extinción pretendida no se ha podido destruir, y que contrariamente ha sido reivindicado, desarrollado por una línea espléndida de personajes como Guamán Poma de Ayala, Garcilaso de la Vega, Gamaliel Churata, José Carlos Mariátegui, Julio C. Tello, Hermilio Valdizán, Jorge Basadre, Pablo Macera, Gonzalo Portocarrero, entre otros. Esta línea americanista ha encontrado una de sus más grandes voces expresivas en Gamaliel Churata cuando acentúa su adhesión por lo andino.

Una vez, aclarada esta premisa, podemos sostener que la vinculación del Derecho indígena, se remonta en la historia a tiempos pre inca e inca, donde con no pocos trabajos se da cuenta de la aparición de este derecho. Su carácter ágrafo, así como su sentido comunitario, son dos rasgos innegables por los cuales se ha mantenido a lo largo de los siglos, incluso más allá de la época colonial y republicana. El Derecho indígena hay que situarlo como parte de cada cultura, los grupos indígenas mantienen hasta el día de hoy las reglas éticas del *ama sua, ama quella, ama llulla* que constituyen principios rectores del comportamiento y formas de convivencia comunitaria, que han sido y son pautas rectoras de una ética y línea de conducta.

Jorge Basadre (1967) en su libro “Los fundamentos de la Historia del Derecho” señala que en el tiempo del Inkario existían grandes grupos de población con sus costumbres establecidas, con los más variados grados de cultura, existía mutua influencia entre culturas. Basadre da cuenta que el Inca Garcilaso de la Vega, refería que “El Inca Pachacutec ordenó muchas leyes y fueros particulares vinculadas a las costumbres antiguas de aquellas provincias, pero dada las distancias y la diversa geografía peruana, no hicieron posible cierta homogeneidad de la vigencia de dichas normas que estuvieron mezcladas con las costumbres, la religión, la moral y lo económico”.

Debemos tener presente que la base del colectivismo, cooperativismo de los incas fue el ayllu, la célula del proceso social peruano, fue el núcleo social peculiar de las diversas etapas de evolución de las hordas, clans, gens, hasta la formación de los grandes imperios, que permitió la fraternidad con la naturaleza y el sentido comunal. Los incas recibieron como ancestral herencia la tradición jurídica de siglos basada en el comunitarismo. La misma que estaba constituida por los siguientes factores: en lo social, el ayllu; en lo económico, el colectivismo o

factor comunitario; en el trabajo, el esfuerzo común; en lo ético, el precepto como norma moral y religiosa; en lo religioso, la divinización de todo lo existente; y en lo jurídico, la costumbre como ley y el interés colectivo por encima del interés individual, así edificaron un Estado abierto y comunitario, como señala el Inca Garcilaso de la Vega.

Con la invasión española, se rompió el aspecto comunitario, y con ellos muchos valores que se caracterizan justamente por su significado colectivo, entonces, no resulta difícil inferir que nuestros ancestros a través de las asambleas comunitarias determinaban la responsabilidad de quién delinquía o cometía actos contrarios a la convencionalidad de justicia que primaba en el grupo cultural. El tipo de justicia implantado por el virreynato, fue vertical, divino, vinculado a la Iglesia católica. Este tipo de justicia no era predecible ni garantizable para asegurar un correcto juzgamiento y una determinación de probada responsabilidad.

En esta etapa, fue muy cruento el oprobio y el sojuzgamiento a los indígenas, basta ver los dibujos del cronista indio Guamán Poma de Ayala, y de otros cronistas que daban cuenta de periodos muy extremos en imponer una evangelización arbitraria a la cultura originaria en lo religioso, en establecer la servidumbre y explotación en lo social y económico, y en lo jurídico todas las formas de coacción de conducta a favor de las autoridades virreinales. Son conocidas las vertientes que por un lado hablaban mal de los indios y por el otro los defendían, como fueron los casos de Ginés de Sepúlveda, por un lado, y por el otro de Fray Bartolomé de las Casas. El primero, creía que los indios no tenían alma y eran siervos por naturaleza, en cambio, el segundo aparte de designarle alma, espíritu, a los indígenas, consideraba derechos iguales a los demás, siendo precursor del Derecho social contemporáneo.

Es conocida la expresión de Francisco Vitoria, uno de los defensores de las causas indígenas quien fue más allá en su defensa de la libertad de los indios afirmando que: "Los indios aunque infieles antes de la llegada de los españoles, eran legítimos dueños de sus casas, pública y privadamente".(Cit. Vargas Ugarte, 1976) Además, planteó el principio de sociabilidad innata del hombre como origen del derecho de la comunicación, habitación, comercio y guerra. Ello significó muchos cambios en el proceder de los invasores, así tenemos, la famosa carta de Isabel la Católica al Gobernador de España, declarando a los indios "Vasallos libres de la corona de Castilla" y la aparición de las Leyes de Indias que se dictaron reconociendo la capacidad jurídica de los indios y otorgándoles la libertad como vasallos de la corona española. Finalmente, la realidad era distinta, porque todo el tiempo de la colonia en la expresión de Guamán Poma, "no hubo remedio" para los indígenas. Los tributos, los diezmos, las reducciones y las mitas son ejemplos de cómo el indio era más que siervo privado de su mínima libertad.

Entrando al periodo de la independencia y república, se debe enfatizar que los indígenas permanecieron ajenos al movimiento emancipador. Para el indio, no había sino el afán de expulsar a los españoles para que vuelva el Tawantinsuyo, por eso en el coloniaje pusieron toda su fe y su resistencia a favor de los movimientos reivindicacionistas como los de Juan Santos Atahualpa, Tupac Amaru II y los hermanos Catari. Pero, cuando San Martín desembarca en territorio peruano fueron los indios los principales y anónimos auxiliares de la gran gesta libertadora, sin ellos hubiera sido imposible la independencia. Un detalle que se da cuenta es que las Constituciones Políticas del Perú, durante la época republicana, han dado mayor importancia al aspecto político de la república, dejando de lado la orientación social, que tiene relativa expresión en las Constituciones de 1920 y 1933, es así, que han agudizado la situación de servidumbre y de explotación de los indígenas al margen de la vida jurídica, para que en lo posterior de algún modo se reconozcan garantías sociales a las comunidades campesinas. La emancipación transformó el régimen político del Perú, pero dejó subsistente el régimen jurídico de la Colonia, a base de la legislación española de carácter individualista.

## **2. El pensamiento indigenista y el derecho**

En nuestro país, a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, las corrientes indigenistas aparecen acompañadas con varias expresiones artísticas, como la pintura, la música, la literatura. No es desconocido que uno de los centros culturales que irradió artistas e intelectuales indigenistas en todo el Perú fue Puno y Cusco, porque en estas regiones se vivía palmariamente las vicisitudes del indígena, sus problemas vinculados a la tierra, al gamonalismo intenso y los rezagos del peso colonial que se expresaba en patrones culturales fuertes como el machismo, la racialización y los títulos nobiliarios. En ese contexto aparecen las ideas de González Prada, de José Carlos Mariátegui y de otros pensadores más, para dar sostenibilidad a las ideas indigenistas.

Recordemos que el indigenismo representa uno de los componentes del ser del Perú. Nos atreveríamos a decir que no se puede hablar de peruanidad sin contener el mundo andino, originario, amazónico, ancestral. Por ello cuando se toca el tema de la cultura peruana, es medular incluir lo indígena, dicho de otro modo como menciona Franz Fanon: "si la cultura es la manifestación de la conciencia nacional, la conciencia nacional es la manifestación más elaborada de la cultura" (Fanon, 2006). Según José Tamayo Herrera (1981) el indigenismo en Puno fue iluminador, Juan Bustamante y Manuel Gonzales Prada con sus primeros estudios sobre el indio en el Perú de comienzos del siglo XX representan el primer planteamiento de la temática indigenista en el país. En Puno se sumará luego Santiago Giraldo "El tribuno" y posteriormente la actividad pedagógica y magisterial de José Antonio Encinas, quien plasma una generación que integró primero el grupo "Bohemia andina", que se expresará en la revista "La Tea" y que llegará a su mayor nivel con el Grupo "Orkopata" cuyos miembros publicaron

el reconocido “Boletín Titikaka”. En el Cusco existía también en ese entonces movimientos indigenistas que confluyen en la denominada “Escuela cuzqueña” que tenían su par con el grupo “Orkopata”.

Posteriormente, en el tema de justicia social a favor de las luchas y reivindicaciones indígenas aparecen Ezequiel Urviola, Manuel A. Quiroga y Francisco Chuquiwanca Ayulo quienes contribuyen con sus propios aportes a consolidar la lucha por la redención del indígena. Son conocidas, sus convicciones plasmadas en artículos, en hechos, en alegatos a favor de la dignidad indígena.

Por lo tanto, podemos, cerrar el panorama que se tenía en aquella primera mitad del siglo XX en el sur del Perú, y particularmente en Puno. De haberse asentado una vanguardia indigenista a todo nivel, en la música, en la literatura, en la pintura, en la educación, como también en el propio derecho, que hace falta continuar revalorándolo ya que el sentido de peruanidad, se levanta desde estos proyectos, que son propuestas de reconfiguración por un nuevo país más justo y cohesionante.

Es importante destacar que este esfuerzo de ilustres puneños y peruanos fue de gran importancia para que se construya la fisonomía de peruanidad, y para construir una verdadera nación. Con el discurrir del tiempo, años más tarde, con hechos como el tenue reconocimiento de derechos indígenas se ha logrado superar en algo las brechas de su abandono, esta lucha continúa hasta hoy, en que el redimir a grupos periféricos comprendidos en el “otro” que desdeñamos y saldar las deudas históricas son imperativos de la ciudadanía para suturar heridas y frustraciones.

### 3. Proyecto de código indígena

Mediante ediciones Kuntur en 1946, salió a luz en Lima, el texto El Derecho Indígena Peruano de Atilio Sivirichi, que en parte es objeto del presente artículo, que pasaremos a comentar. En su presentación preliminar se lee:

*“Entre los grandes problemas que se necesita solucionar América, si quiere intervenir como paladín de la justicia y de la libertad en el mundo se halla el problema indígena, es decir los países americanos tienen que proceder de inmediato a la redención de millones de hombres, que representan hoy en día, un escarnio a la libertad y un pecado de origen en la esencia de la democracia americana. Los indios exhiben una profunda desigualdad y una inferioridad cultural y económica que debe desaparecer puesto que, en esta hora redentora, no hay ni puede haber razas superiores, ni inferiores. Con mucha razón el Instituto Indigenista Interamericano, ha formulado este trascendental lema que debe ser bandera de apostolado y de reivindicación: Por la incorporación a la civilización de los treinta millones de indios americanos”. (Sivirichi, 1946).*

En estas palabras ya podemos advertir la gran cobertura que se pretendía lograr con proyectos como el Código Indígena que tenía una clara misión de reivindicar al indígena. En otra parte de esta presentación se consigna:

*“Desde los más remotos tiempos de la Prehistoria Americana, la población del continente, desde Alaska hasta la Tierra del Fuego y en especial la del Perú, ha sido indígena, desde que los Apus milenarios crearon la mitología andina, desde que Huiracocha creó el mundo indio, desde que las piedras se convirtieron en exponentes de lo imperativo y de lo eterno. Las grandes civilizaciones americanas como las de los Incas no fueron sino pináculos esplendorosos de indianismo. Indios fueron los que en milenios, crearon culturas y civilizaciones, indios fueron los maravillosos artífices que levantaron por esfuerzo común, fortalezas, templos y palacios graníticos, que volcaron su inspiración en melodías llenas de alegría y dolor, que fabricaron sus prodigios de arte, que desviaron los ríos a capricho para regar sus tierras de promisión, que tejieron sus primorosos mantos, que hicieron frutecer los campos, que forjaron una organización sin precedentes a base de la fraternidad social, que triunfaron sobre el tiempo y el espacio y que divinizaron todo cuanto les rodeaba porque intuían que estaban forjando una gran Patria a manera de “Crisol de razas”. (Sivirichi, 1946).*

¿Qué significa ahora estas expresiones de alegato, de afirmación, de emplazamiento a favor de las causas indígenas a casi más de ochenta años de haberse manifestado?, ¿se sostiene aún en tareas, en retos vigentes que pudieran realizarse?, ¿cuáles fueron las bases sólidas que han resistido a siglos de la matriz indígena que no ha podido vencer Europa?

La conquista española fue una tragedia que no podemos hasta hoy asimilarla salvo en términos de resiliencia, en la capacidad de que tienen los peruanos de superar las adversidades con cierta dosis de resignación, de resistencia y de insensibilidad. Esta situación lacerante de choque de dos mundos antagónicos, de dos tradiciones, como hemos indicado al inicio del presente artículo, lo que teníamos, era que, el americano saturado de bienestar social y el europeo, desigual e injusto que reinaba el privilegio de las clases superiores sobre el dolor de los oprimidos que abrieron dos caminos, el del mestizo y el camino de la indianidad.

En estas aseveraciones percibimos que se ha dado en los pueblos indígenas una gran capacidad de resistencia y persistencia. A pesar de tener al frente adversidades como la opresión, el abuso, la racialización y exclusión en todas sus formas, los grupos indígenas han resistido a dichos avatares y no solamente por una supervivencia inmediata, sino la resistencia se ha dado con su propio idioma, su propia vestimenta, su propia cultura. Y la persistencia, se ha manifestado en el transcurrir del tiempo, que a pesar de serle adverso en el reconocimiento y la debida protección a los pueblos indígenas. No los ha vencido. No los ha desaparecido.

En el libro que comentamos, la parte introductoria que hace el autor Atilio Sivorichi, en el final sostiene:

*“Abona en esta tesis la existencia milenaria de un derecho indígena peruano que se nutre del Derecho incaico y del Derecho Consuetudinario; que sobrevive con sus instituciones jurídicas propias y singulares y que se enriquece con el valioso aporte del Derecho Indiano y del Derecho Positivo, formando la estructura básica de nuestro Derecho peruano. Este libro tiende a contribuir a la solución del problema sustantivo del Perú a base de un Proyecto del Código Indígena precedido de un estudio del Derecho Indígena, los antecedentes legislativos y su correspondiente exposición de motivos. Deseo vivamente, que el elevado espíritu de los lectores, sepa aquilatar la trascendencia de este paciente estudio, que tiene muy contados precedentes legislativos en América, y cuyos alcances no deben circunscribirse a los límites de un simple ensayo, sino mi vehemente anhelo es que llegue a los poderes públicos, a la vida misma del país ya conocimiento de los estudiosos de la realidad nacional, como el aporte de buena voluntad de un ciudadano, que sólo ha querido poner todo su esfuerzo, al servicio de una gran causa”.* (Sivorichi, 1946).

Efectivamente, en la primera parte del libro de más de 550 páginas, en el numeral 15 se refiere al criterio educacional para definir y comprender al indio, se refiere a dos maestros puneños, Emilio Vásquez y José Antonio Encinas. Del primero, señala que en efecto, la escuela es uno de los medios de redención indígena y la educación integral, es uno de los factores de incorporación del nativo a la civilización. Aquí es cuando cita el ensayo de Emilio Vásquez: “Preparación del magisterio rural en el Perú”:

*“Todo lo que se ha hecho en el Perú, mediante la práctica educacional de más de 120 años de vida republicana, es haber enseñado al aborigen a leer y escribir en la falsa creencia de que con ella sólo se redime al hombre y se le expedita la adquisición de una nueva manera de expresión de sus pensamientos, esto es el idioma castellano. Se ha pensado que la incorporación del indígena al ejercicio de la vida nacional civilizada es cuestión puramente de lectura y escritura. Empero, la realidad es otra. Para que la lectura y escritura sean eficaces han de estar en función de la vida, en relación directa con el hacer”.* (Sivorichi, 1946).

Aquí se cuestionaban los métodos, el afán de imponer una cultura española, con su idioma y sus contenidos cartesianos, frente a culturas de arraigo, de tradición que se habían establecido en la mente desde nuestros ancestros. Cuando el autor se refiere en otra parte a la militarización del indígena, señala que esta debe tener una finalidad educativa y de rehabilitación. Sivorichi al respecto dice:

*“Mientras subsistan los métodos imperantes, el indio en el servicio militar será un autómatas y fuera de él, será siempre un inadaptado social de peligrosidad”. Evidencia nuestra tesis el estudio de Encinas: “Causas de la criminalidad indígena” donde Encinas sostiene: “Los sentimientos de familia decaen y se pierden a medida que el indio se aleja de su medio como sucede con los licenciados del ejército o con los que han prestado servicio en las ciudades. Las costumbres adquiridas, el nuevo idioma, la nueva vestimenta, los transforma de tal manera que su idioma natal, su terruño, los suyos les son completamente extraños y odiosos. Tal fenómeno es explicable porque el indio vuelto al hogar sufre la misma impresión de los antiguos mitayos quienes al volver de las minas, encontraban la misma desigualdad, la misma explotación o miseria. Si el medio social del indio, estuviera rodeado de garantías, si encontrara formas de incrementar su trabajo, si el producto de su esfuerzo fuera remunerado, equitativamente, el indio no tendría por qué ser extraño a su hogar, menos por qué ser adverso a los suyos” (Sivirichi, 1946).*

En esta cita, estamos con un Encinas que entiende muy bien la subjetividad indígena. La comprende desde la visión identitaria, cuando valora el sentido de familia, y el tiempo y los lugares distantes que inevitablemente el indígena tiene que estar fuera de su hogar y que sufre por un sistema que le es contrario en todo.

#### **4. Sublevaciones indígenas y legislación tutelar**

Puno tuvo un pasado muy rebelde. Cabe mencionar que durante el gobierno de Piérola se realizó la “Masacre de Amantani”. En una de las islas del lago, los indígenas dieron muerte a un gamonal y se sublevaron, ocasionando bombardeos en la isla. Después se tiene el triunfo de la Coalición, tropas de línea realizaron la “masacre de Chucuito” en los cerros de Pomata. José Frisancho (1982) al respecto dice: “Desde aquella fecha nefasta el ensayo exterminador de Chucuito, fue propagándose a las demás provincias de Puno y a otros departamentos, el sistema vandálico de masacrar indios para precipitar la conversión de los ayllus en latifundios”.

En 1910 los indios de Samán, de Azángaro vivían en próspera actividad agrícola y comercial hasta que un terrateniente procedió a arrebatarles sus tierras. Los indios se rebelaron y las tropas realizaron una terrible masacre, provocando incendios, saqueos y desmanes. Luego tenemos la masacre de Huancané en 1923, donde con el pretexto de que los indios secundaban la revolución de Leguía y Martínez, se procedió sangrientamente, robando el ganado de los indios, exiliándolos o encarcelándolos. Todos estos abusos motivaron la justa protesta de la prensa de todo el país que se rebeló contra dichos sistemas.

En lo referido a la legislación tutelar indígena, Atilio Sivirichi, (Ibidem) da cuenta que dos puneños José A. Encinas y Manuel A. Quiroga, quienes realizaron y gestionaron proyectos a favor del sector indígena.

Encinas publicará en la Revista Universitaria de Lima V. 1.1920. Primer trimestre, un importante estudio titulado: "Contribución a una legislación tutelar Indígena", como señala Sivirichi, en este trabajo da cuenta de observaciones y experiencias acerca de los diversos aspectos jurídicos del problema indígena peruano, para que fueran tomados en cuenta por los legisladores, y que sirva para los estudios indigenistas realizados con posterioridad. Después de demostrar que la condición del indígena, no ha variado sensiblemente desde el coloniaje, Encinas considera que su inferioridad espiritual y material se debe principalmente a la falta de leyes especiales que lo amparen y protejan y a la punible labor de los funcionarios políticos, judiciales y eclesíasticos que durante la república, han agudizado su situación de explotado. Considera el individualismo de la legislación común como la fuente de la más absoluta desigualdad social, política y jurídica, causa primaria de su inadaptación, de su tendencia delictiva, de su afán por alcanzar justicia, manifiesta que "Lo único que los une a los indígenas es la tierra donde laboran, para hacer renacer su solidaridad y sentido de nacionalidad deben tener leyes que garanticen sus derechos fundamentales para incorporarlo a la vida nacional".

Encinas cree que una legislación tutelar debe incidir en tres puntos básicos: la propiedad, el trabajo y el procedimiento judicial. Para remediar tan lamentable situación en que se desenvuelve el trabajo de los indígenas, Encinas sugiere la dación de leyes especiales en los siguientes rubros: Régimen de contratación, Ley sobre el salario, Ley de protección a indios, Ley sobre servicio doméstico, Ley de protección de industrias indígenas, Ley de protección de comunidades y Procedimiento judicial, en este punto, Encinas cuestiona la legislación actual que ha dejado en abandono al indígena, que los procesos, actuaciones y el juzgamiento en general le es hostil, denigrante y humillante al indígena.

En 1920 el diputado por Chucuito Manuel A. Quiroga presentó al Congreso "Legislación Civil Indígena", cuyo contenido básico fue el siguiente: El Libro I, trata de la condición legal de los indígenas, declara la libertad de los indígenas y el pleno ejercicio de sus derechos, les reconoce goce de libertades como la filiación religiosa. En el Libro II, trata del empadronamiento como condición básica para acogerse a las disposiciones de la legislación especial para indígenas, sobre las garantías para la gratuidad de la inscripción y penas, depuración de los padrones y los privilegios, ventajas y franquicias administrativas. El Libro III, trata de la Dirección Regional de Defensa de los Derechos Indígenas, su constitución, la renovación de sus miembros y sus atribuciones, también incluye un segmento de los defensores indígenas que deberán ser designados en las capitales de provincias y de distritos, siendo letrados los de las capitales de departamento, le otorga el carácter de defensores dativos, apoderados, con atribuciones e impedimentos. En el libro IV, se sugiere la aplicación de la Ley Penal, además se refiere al comercio y a las industrias indígenas, en él se sugiere la supresión del estanco de la sal, sustituyéndolo por el estanco de la coca disponiendo que el expendio de la coca esté sujeta a las mismas condiciones de las bebidas alcohólicas. El Libro V, trata de las comunidades de indígenas, que empieza

con el reconocimiento por la Nación, de la existencia legal de las comunidades de indígenas, conforme a los resultados del empadronamiento, una ley especial determinará el número de comunidades que deben existir en el sur de la república, se dispone que en cada ayllu se ejerza la representación legal, conforme a las costumbres imperantes. Además el proyecto sugiere diversas medidas a la reforma indígena como el tema de las deudas que deben de cumplirse en ser pagadas no importando la cantidad que se adeude, pero deben sujetarse al cumplimiento estricto de los alcances de las leyes.

Este proyecto sirvió de inspiración para el proyecto mayor del Código Indígena. Posteriormente, José Tamayo Herrera (1982) señalará de Quiroga lo siguiente:

*“La propuesta de Quiroga es completa, de la mejor estructuración sobre el tema agrario en Puno que tuvo la inspiración del Boliviano Franz Tamayo en su planteamiento agudo basado sobre una experiencia empírica, sobre el mismo terreno, pues, Quiroga conoce las costumbres y prácticas agrarias del Altiplano, y por eso no teoriza, ni imagina, sino lo encauza a objetivos más justos y reivindicativos”* (Tamayo, 1982).

## **5. Otros gestores, la educación y el contexto internacional**

Para redondear a los hombres vinculados al Derecho que compartieron las mismas causas a favor del indígena, no puede faltar Ezequiel Urviola, quien de acuerdo a lo que señala Tamayo Herrera (1982) :“se trata de un “misti” descendiente de medianos terratenientes azangarinos. Cuando Ezequiel era estudiante de Derecho en la Universidad San Agustín de Arequipa, sintió en carne propia que las propiedades de sus padres eran despojados, y ante su impotencia por recuperar sus tierras, esta circunstancia lo marcó para su posterior conversión en agitador indigenista”. Esta conversión se dio con la aparición del Comité Pro Derecho Indígena Tahuantinsuyo en 1920, según Emilio Romero en 1918 a raíz de una presentación teatral dejó sus vestimentas de misti para ponerse vestimenta de indio, con chullo, poncho y ojotas. Tras la masacre de los campesinos de Chucuito en 1920, las cuatro víctimas que fueron traídas a la Plaza de Armas de Puno, fueron homenajeadas por Urviola con un discurso incendiario. Según Lizandro Luna, Urviola adquirió no solo la apariencia del indio sino su psicología y se indigenizó hasta ser un verdadero indio. Tamayo Herrera, (Ibidém) da cuenta que entre 1920 y 1923 se sitúa la acción más enérgica de Urviola en el Altiplano. Del 12 de Octubre de 1922 en su famoso memorial fechado en Lima, por el que solicita garantías para los indígenas del departamento de Puno, por el cual pide el establecimiento de escuelas rurales en todas las parcialidades del departamento de Puno, solicita una ley que prohíba a los jueces, notarios, y escribanos formalizar escrituras falsas de venta de tierras de los indios, así como posesiones judiciales, mensuras y deslindes y pide buenas

autoridades políticas. Urviola denuncia bajo su firma que los gamonales han arrancado ojos, han castrado a los indios, y han mutilado narices, labios, lenguas, senos y hasta han enterrado vivos algunos campesinos. Urviola firma este memorial como apoderado general y defensor del aborígen y miembro fundador del Consejo de Defensa de Instrucción Indígena del departamento de Puno y como miembro de la Liga de Mutua Defensa Indígena. En Lima, donde se refugió por la persecución que sufría, y donde adquirió tuberculosis probablemente, descuidó su salud, sin embargo, no cesó en hacer propaganda indigenista, hasta que le llegó la muerte un 27 de enero de 1925 antes de cumplir los 30 años.

En el proyecto del Código Indígena que aludimos, se considera muchos aspectos que coadyuvarían el fortalecimiento de una conciencia pluralista y el sentido de la identidad, para que se valore y se considere vigente la legislación indígena con resultados eficaces. Se señala que por medio de la educación se conseguirá desterrar la ignorancia, que es uno de los estímulos para la supervivencia de la servidumbre. La educación indígena se sostenía es una gran cruzada apostólica, donde los maestros tienen que luchar denodadamente contra la misma estructura social del país que acusa profunda desigualdad. Son los maestros quienes tienen que laborar para hacer favorables los factores sociales y económicos del país que son adversos a la cultura de las mayorías nacionales, para convertir a las escuelas en verdaderos focos de la rehabilitación de la dignidad humana, para transformar a los verdaderos siervos del latifundio en ciudadanos, a los esclavos del agro peruano en hombres libres. La obra es pues, gigantesca, porque es bien sabido que el gamonalismo tiende con todo su poder, al mantenimiento de la ignorancia como el medio propicio para proseguir la explotación ilimitada del hombre por el hombre, dentro de un ambiente de absoluta desigualdad social.

En este ámbito educativo, Puno tuvo como su mayor exponente a José A. Encinas quien con: "Un Ensayo de escuela nueva en el Perú" demuestra su postura férrea, a favor del indígena, estableciendo su psicología, para que todo educador lo considere y pueda cambiar radicalmente el sentido de pedagogía en nuestro país, con métodos que surjan de la experiencia concreta de nuestra realidad socio-cultura. Después tenemos el legado de Telésforo Catacora, María Asunción Galindo, Daniel Espezuía Velasco y de José Portugal Catacora tendrán sus propias singularidades, pero, como eje central el compromiso de una educación bilingüe, plural y dignificatoria a favor del indígena.

Por otro lado, el libro de Svirichi da cuenta de acciones internacionales que se llevaron a cabo entre los años 30 y 40 del siglo pasado. Por ejemplo, la VII Conferencia Panamericana reunida en Lima en 1938, donde se adoptó la resolución para crear el Instituto Interamericano para estudiar los diversos aspectos de la vida de la población nativa y mejorar las condiciones del indio americano. De esta manera se realizó el Primer Congreso Indigenista Interamericano en la ciudad

de Pátzcuaro en México en abril de 1940 donde se aprobó la Declaración de los Derechos del Indio Americano.

De conformidad con esta declaración se señala:

*“Que los gobiernos de las repúblicas americanas, animados por el deseo de crear instrumentos eficaces de colaboración para la resolución de los problemas comunes y reconociendo que el problema indígena atañe a toda América. Todas las disposiciones que dicten para garantizar los derechos indígenas y protegerlos debe ser en base al respeto y los valores recíprocos”.*

Situación paradójica y premonitoria, el hecho de que se acuda a instancias internacionales, para que en la segunda centuria del siglo XX e inicios del siglo XXI se diera el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y posteriormente la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas emitida por la Organización de las Naciones Unidas. La obra que realizó el Instituto Indigenista Interamericano fue trascendental para los destinos del continente, su labor es proficua y valiosa.

## **6. Evaluación actual de los aportes del código indígena**

La adhesión y defensa del indígena que se sintió y asumió desde el sur del Perú en los primeros cincuenta años del siglo pasado, fue intenso y definitorio, ya que posteriormente vino la Reforma Agraria que significó cambios profundos en el régimen agrario, y aunque inconclusa significó devolver la dignidad del campesino, en la reconsideración de las condiciones y dependencia del campesino peruano, el impulso de las comunidades campesinas, el sentido cooperativista, la independencia al yugo gamonal, constituyó una valoración diferente que antes no se les había dado a los indígenas del país.

Existe un aspecto que no podemos dejar de mencionar y es que, el Código Penal peruano de 1924, consideró al delincuente en tres denominaciones que pinta de cuerpo entero los altos niveles de exclusión, de racismo y de desprecio por nuestros conciudadanos indígenas, que felizmente ha ido quedando en parte superado. En los artículos 44 y 45 del Código Penal de 1924 se establecía que existen tres tipos de delincuente: “El civilizado”, “el indígena” y “el salvaje”, se dice que el indígena es degradado por la servidumbre, por el alcohol y es un “semicivilizado” y se habla del salvaje, considerándolo a alguien que no ha sido asimilado por la civilización, inadaptado y no organizado. Estas expresiones de profunda discriminación hicieron posible que Ballón Aguirre (1980) expresara que: “esta imposición de control penal y de orden nacional apuntaba a desaparecer al Indio y que al ser Indígena o salvaje y por ende no “civilizado” ya que son

“semicivilizados” o peor aún “incivilizados” lo que se buscaba en el sujeto era borrar todo aquello que tiene de no occidental”.

Esta visión, que ahora resulta inconcebible, expresaba para vergüenza nacional, el concepto que se tenía de nuestros compatriotas originarios y que ha quedado como un lastre o nudo a desatar hasta el día de hoy. Por otro lado, como se ha podido captar del contenido de lo que se pensó y se sintió en el siglo pasado en juristas sensibles y atentos a la desatención que se hacía a los indígenas, considerándolos en la marginalidad ausentes de ciudadanía, de oportunidades, de igualdad. En ello, es que el país necesitaba reconocerse, articular con su propia semilla, volver a reencauzarse para recobrar su rostro. Por eso, por suscitar una conciencia de genuina peruanidad, es valioso recordar y resignificar las propuestas de estos puneños y peruanos insignes que no se quedaron entre los muros del Derecho como acción individual, sino que apuntaron por una justicia social más elevada.

Sin embargo, en el tema de la justicia, se ha mantenido una justicia ordinaria, formal y oficial que no ha sintonizado con los cambios y con la evidencia de que en el país tenemos vigente, de hecho, las justicias ancestrales y originarias por la misma práctica de los grupos étnicos, que han pervivido ante la exclusión y el no reconocimiento expreso y la falta de protección estatal efectiva. Tuvieron que ser organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas, quienes, al otorgar los instrumentos legales internacionales, como el Convenio 169 y la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas han reconocido los derechos de los pueblos ancestrales, indígenas y les han dado la categoría de primer nivel en el sistema normativo. A partir de ello, los Estados tienen que considerar estos avances de protección legal y considerar tanto los principios como sus derechos con la prioridad y diligencia que ameritan.

Pero, lo hecho por paisanos puneños, así como por nuestros vecinos de regiones como el Cusco, por ejemplo, han servido para crear conciencia identitaria, Nación, un internalizar nuestro pasado, nuestro presente y apuntar al futuro con quienes nos forjaron nuestra subjetividad de peruanos, con quienes nos premunieron de nuestros insumos peculiares.

En la actualidad las corrientes pluralistas del Derecho, así como los enfoques de la interculturalidad y decolonialidad resignifican los enfoques consuetudinarios, indígenas y ancestrales. Estas tendencias y teorías surgen tanto de Europa, como de Latinoamérica y tratan de ser críticas y liberadoras, obedeciendo a una realidad concreta, sin que obedezcan a rótulos como modernidad, liberalismo, postmodernidad. Lo importante es que seguimos buscando que se pueda redimir las condiciones aún marginales de los pueblos originarios.

En el tema del pluralismo jurídico, los operadores de la justicia nos vamos dando cuenta cada vez, que la coexistencia de sistemas que se conformen de

acuerdo a la realidad social y cultural resulta ser la opción más coherente, más humana e igualitaria. No significa que se deje de lado el sistema ordinario, que aún en casi todos los países tiene sus propias crisis. En el caso de Latinoamérica esta crisis es más aguda y más urgente, significa que en el fondo hagamos verdadera justicia social, una cancelación de deudas históricas con las culturas ancestrales y con nuestros compatriotas originarios. Ahora los escenarios mutan y las tendencias del neoconstitucionalismo y el garantismo jurídico han puesto en vilo a los neopositivismos, que a su vez se han hecho más inclusivos, impulsando el paso de una norma formal a una norma material, el uso de los principios y la atención a la justicia con criterios de sociología, ética y cultura.

Sin embargo, a pesar de que existen estos cambios, los procesos de reivindicación a favor de los indígenas son lentos. Algunos países latinoamericanos han incorporado en sus constituciones los Estados pluralistas y el propio pluralismo jurídico, sin embargo, su eficacia todavía depende de un cambio de mentalidad, que tiene que ver con el trabajo de nuestras memorias, con consolidar la intraculturalidad, que es el trabajo interno en el campo de la decolonialidad y la otredad, para pasar después a la interculturalidad propiamente dicha, que debe caracterizarse en generar un espacio ético común para entenderse entre culturas, y construir un marco de comprensión mutua. Frente a los neocolonialismos que se presentan con mucha fuerza en estos tiempos, no es fácil enfrentarse y superar enormes influencias del colonialismo del poder, del saber y del ser. La resistencia, y la autoafirmación autónoma resultan nuestras banderas de persistencia.

Tal como lo sostuve en mi libro: "El Derecho desde la mirada del otro", cuando en el epílogo puntualizaba que no nos merecemos trabarnos ni con el pasado, ni con el futuro, como peruanos pertenecientes a nuestras raíces originarias, debemos afirmarnos para abrirnos a otra posibilidad de ser mejores. Anibal Quijano concluye:

*"En América y en todo el mundo. Lo que pudimos avanzar y conquistar en términos de derechos políticos y civiles, en una necesaria distribución del poder, de la cual la descolonización de la sociedad es presupuesto y punto de partida, está ahora siendo arrasado en el proceso de reconcentración del control del poder, en el capitalismo mundial y con la gestión de los mismos funcionarios de la colonialidad del poder. En consecuencia, es tiempo de aprender a liberarnos del espejo eurocéntrico donde nuestra imagen es siempre, necesariamente, distorsionada. Es tiempo en fin, de dejar de ser lo que no somos" (Quijano, 2000).*

Así como el tiempo no establece concesiones y curaciones a las formas de silencio y no afirmación, la urgencia de anticiparnos a su negro manto extendido,

es levantando la voz y afirmarnos en el reclamo humano de dignificarnos. Con ello todo un largo legado pretérito que representamos, de dolorosa negación, buscará alzarse hacia una ardorosa renovación donde se encienda una nueva sangre en nuestra mente y en el horizonte y podamos repetir el aforismo del filósofo Pascal: "Para que nunca más la historia se calle".

Finalmente, siempre será necesario recordar que uno de los ejes de cambio, es aprender de nuestra memoria, es decir, de lo que somos, lo que fuimos, y seremos. En ello queremos decir que el pasado solamente nos será útil en la medida que nos permita ver de nuevo, con nuevos ojos, el discurrir de los sucesos de un modo crítico, para comprender que muchas cosas que pasaron no deben volver a pasar y para autodeterminarnos y afirmarnos es necesario volver a vernos en nuestro propio espejo y no en el reflejo transfigurador.

## Referencias

- BALLÓN, F. (1980). *Etnia y represión penal*. Ed. CIPA. Lima-Perú.
- BASADRE, J. (1967). *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Ed. Universitaria. Lima-Perú.
- ESPEZÚA, B. (2015). *El Derecho desde la mirada del otro. Bases para la construcción del pluralismo Jurídico en el Perú*. Edit. Ideas Solución. Lima- Perú.
- FANON, F. (2006). *Los condenados a la tierra*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México DF.
- FRISANCHO, J. (1982) Cit, por José Tamayo Herrera. "Historia Social e Indigenismo en el Altiplano" Ed. Treintaitres. Lima- Perú.
- QUIJANO, A. (2000). *Colonialidad del Poder, eurocentrismo en América Latina*. Ed. Clacso. Buenos Aires. Argentina.
- SIVIRICHI, A. (1946). *Derecho Indígena peruano*. Ediciones Kuntur. Lima- Perú.
- TAMAYO, J. (1982), *Historia Social e Indigenismo en el Altiplano*. Ediciones Treintaitrés. Lima- Perú.
- TAMAYO, J. (1981). *El pensamiento Indigenista*. Biblioteca del pensamiento peruano. Edit. Mosca Azul. Lima- Perú.
- VARGAS, R. (1976). *Historia del Perú*. Tomo IV. Edit. Carlos Milla Bartres. Lima- Perú.