

DERECHO PENAL Y DIFERENCIAS CULTURALES: PERSPECTIVA GENERAL SOBRE LA SITUACIÓN EN EL PERÚ

José Hurtado Pozo

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos aspectos fundamentales. A. Cultura e individuo. B. Localismo cultural del derecho penal y circulación de modelos jurídicos. C. Derecho consuetudinario de las comunidades. D. Ciudadanía y obediencia al derecho. E. Nación y pueblos. III. Aspecto histórico. A. Colonia. 1. Descubrimiento y conquista del Perú. 2. Colonización española. 3. Asimilación de la sociedad colonizada. a) Metamorfosis de la sociedad indígena. b) Actitudes de la población indígena. B. El nuevo Estado. 1. Inicios de la República. 2. Formación del Estado republicano. 3. Pueblo y ciudadanos. 4. Evolución del Estado en el siglo XX y los códigos penales de 1924 y 1991. IV. Legislaciones penales en Latinoamérica. A. Reforma penal en Bolivia. B. Reforma penal en Ecuador. C. Reforma penal en el Perú y jurisprudencia. 1. Art. 15 CP. a) Exención de responsabilidad. b) Problemática relacionada con la aplicación del art. 15 CP. 2. Proyectos de reforma del art. 15 CP y Acuerdo de la Corte Suprema sobre rondas campesinas y derecho penal. V. Reforma penal en Suiza. VI. Conclusión.

SÍNTESIS

Debido a la colonización, al progreso notable de los movimientos mundiales y al gran desarrollo de los medios de comunicación, la aplicación de un sistema legal a grupos de personas de culturas diversas se ha afianzado, desde hace mucho tiempo, como una problemática trascendente en la mayor parte de los países. Si en un periodo lejano este fenómeno tenía lugar al interior de regiones relativamente aisladas, actualmente ha adquirido características especiales debido a la globalización, las mismas que están fuertemente condicionadas por la manera en la que las relaciones entre los pueblos y los países han evolucionado. Para comprender este fenómeno, es indispensable analizar los criterios de identificación que influyen y definen tanto a la cultura de los grupos como a la de cada persona; y, por lo tanto, sus comportamientos. Este análisis nos permitirá comprender mejor las conductas consideradas como penales por el sistema estatal, pero autorizadas o justificadas por la cultura propia de la persona calificada de delincuente. Presentaremos, como introducción, la situación de América Latina, en especial la del Perú y, enseguida, estudiaremos los medios legislativos establecidos para asegurar la coexistencia de las poblaciones aborígenes y resultantes del proceso de colonización. Mediante la exposición de nuestras diversas reflexiones no pretendemos responder de manera definitiva a los múltiples aspectos de esta compleja problemática.

Following colonization, pro-globalization movements «rise and communications mean» development, the application of a legal system to human beings groups of different cultures has been asserted as time goes by as an important problematic that can be found in most countries. If in a remote period this phenomenon was happening inside relatively separate regions (Asia, Europe, America, Africa), the actual globalization gave it specific characteristics, strongly influenced by the way that relationships between people and countries have been developed. To understand this phenomenon, it is necessary to proceed to an analysis of identification's criteria that have an influence and define every individual's culture of which his behavior will follow from. This approach allow us to better comprehend behaviors considered as criminally significant by the State system, although justified by the origin's culture of the individual considered as an offender. We will illustrate our topic by a detailed presentation of the situation in South America, particularly in Peru, and we will analyze legislative means that have been developed to ensure the coexistence between aboriginal people and the population derived from the colonization. This article will put forward several comments, however without having the claim to fully solve this especially complex problematic.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización contemporánea se distingue de las épocas pasadas por su dimensión mundial. Este fenómeno social existe desde inicios de la humanidad debido a que las poblaciones no han casi nunca permanecido completamente aisladas. Su desarrollo ha sido progresivo en la medida en que antes tenía lugar en regiones relativamente separadas (Asia, Europa, América, África). Ella es siempre fuertemente condicionada por la manera como han evolucionado las relaciones entre los pueblos y países.

Al respecto, hay que destacar, primero, los procesos de colonización; es decir, el origen de la identificación de numerosos pueblos como originarios o autóctonos en oposición a los pueblos colonizadores, lo que ha dado lugar a sociedades multiculturales de índole nacional. Segundo, la transformación de sociedades homogéneas en sociedades pluriculturales por el intenso flujo migratorio de personas procedentes de sociedades culturalmente diferentes, resultando sociedades multiculturales de carácter étnico. Este segundo proceso es originado por causas económicas o bélicas y ha producido, en las últimas décadas, graves problemas sociales, políticos o económicos en los países receptores de inmigrantes. Sin embargo, esta distinción teórica no debe hacer olvidar que las situaciones son diversas y más complejas; por ejemplo, las sociedades formadas por grupos culturales diferentes también han experimentado migraciones muy importantes. En el Perú, es el caso de las poblaciones provenientes de África y de China, sobre todo.

Para mejor comprender la pluralidad cultural, se han analizado diversos aspectos de esta problemática compleja desde diferentes perspectivas. Los resultados obtenidos ofrecen elementos importantes para la comprensión y la explicación de los conflictos e interrelaciones que se plantean entre los diferentes grupos sociales de culturas distintas. Así, se perciben mejor las políticas sobre la integración o asimilación de los inmigrantes, la tolerancia y la compatibilidad con los derechos humanos.

Desde hace un tiempo, se ha adoptado una perspectiva cultural —bajo el imperio de los derechos humanos— para considerar ciertos problemas relativos, en especial, a la pluralidad cultural, la integración, el Estado-nación, el derecho consuetudinario, el pluralismo jurídico, la globalización, la inmigración y la ciudadanía cultural.

Uno de los aspectos particulares de esta compleja situación es el relativo a los problemas específicos que plantea la aplicación de un sistema legal determinado a personas pertenecientes a un grupo cultural distinto. Esto presupone determinar de qué modo y en qué medida es posible conciliar el respeto por las diferencias culturales con el mantenimiento de una base común que tiene como finalidad

asegurar la credibilidad del ordenamiento jurídico en general y, en especial, del sistema penal. El afán de homogenizar las legislaciones penales sobre la base de criterios dogmáticos considerados comunes, promovió la elaboración de «códigos penales modelos» destinados a orientar los legisladores en la reforma de sus propias legislaciones nacionales. En América Latina, este fue el caso del Código Penal Tipo para Latinoamérica; en USA, del *Model Code*; y, en Europa, de las iniciativas tendientes a uniformizar las legislaciones penales nacionales.

En la misma época, paralelamente al proceso de reforma legislativa, existió el interés sobre la manera como se difunde el derecho (las leyes en especial). En esta perspectiva, se trataba de explicar la recepción del derecho extranjero o la circulación de modelos jurídicos.

La cuestión penal que presentamos es, en consecuencia, un aspecto mínimo de esta problemática muy amplia y bastante compleja. Las soluciones jurídico dogmáticas propuestas no resuelven el problema de fondo, pero constituyen un paliativo a la discriminación injusta con la que se trata a diferentes sectores de la población, en especial la indígena de la región andina y de la zona de la selva.

El objetivo de esta contribución no es el de dar respuestas definitivas a los diversos problemas planteados, sino exponer algunas reflexiones para sugerir vías a explorar. Si bien, como cuestiones previas, presentamos las relativas a la cultura, el Estado-nación, la integración, el pluralismo jurídico, la globalización y el derecho consuetudinario, no las analizamos con la profundidad necesaria. Dentro de este contexto global nos limitaremos principalmente a explicar la situación peruana, que no es del todo diferente a la de otros países del Tercer Mundo, en particular latinoamericanos.

Así, esperamos superar en algo las limitaciones de los análisis que no tienen muy en cuenta que se trata de un problema político y no meramente jurídico. De allí la importancia capital, por ejemplo, del debate sobre cómo, en la Constitución, se han fijado la índole, las funciones y las prerrogativas del Estado en relación con los derechos fundamentales de las personas, la pertenencia de estas a grupos culturalmente diferentes, y el reconocimiento en favor de estos de derechos para organizarse y administrarse como entidades colectivas propias.

II. ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES

A. Cultura e individuo

Plantear todas las cuestiones relativas a la noción de cultura rebasa los límites de este trabajo, por lo que nos circunscribiremos a destacar algunos aspectos que nos parecen interesantes en relación con el objeto de nuestro análisis, en particular

porque en el art. 15 CP se hace referencia a la cultura y, además, de manera superflua, a las costumbres.

Vale la pena recordar¹, teniendo en cuenta la influencia de las ideas de la Ilustración, que para sus promotores la cultura era el conjunto de conocimientos acumulados y transmitidos por la humanidad, considerada como una totalidad en el curso de la historia. La calificaban de universal y la consideraban como el carácter distintivo de la especie humana. Vinculaban a esta noción la idea de progreso o evolución, la que los llevó a distinguir entre naturaleza y cultura, barbarie y civilización, salvajes y civilizados. En oposición a esta concepción, base también de la idea de Estado-nación, se planteó un criterio diferente en Alemania según el cual la cultura era la totalidad de manifestaciones artísticas, intelectuales y morales que constituyen el patrimonio de un pueblo, del cual es su fundamento y una adquisición definitiva. Contra el universalismo francés, se reivindicaba el reconocimiento y respeto de las diferencias nacionales. Así, se plantea ya el conflicto entre la percepción absoluta y la relativa de la cultura, el cual perdura aún hasta ahora, aunque desde perspectivas diferentes.

El positivismo científico, en el siglo XIX, condujo al desarrollo de disciplinas como la antropología, la que abordó la cuestión de la cultura desde una perspectiva descriptiva y abandonó la orientación normativa precedente, que decía lo que la cultura debía ser y no lo que era. La cultura es percibida entonces como un hecho colectivo y no individual, como la manifestación de la vida social de las personas. En este sentido, Edward Burnett Tylor definió la cultura como un conjunto complejo conformado por los conocimientos, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y las demás capacidades o hábitos adquiridos por el hombre en tanto miembro de la sociedad².

Esta noción ha sido modificada y completada en el sentido de destacar que se trata de un complejo de modelos de comportamientos adquiridos y transmitidos mediante símbolos, estando comprendidos también los valores y los sentimientos. Así, cada grupo social crea una estructura de significantes transmitidos históricamente y manifestados mediante símbolos por los cuales los individuos comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento de la vida y sus relaciones con ellas. La cultura funciona como una red que modela la personalidad de los individuos y orienta sus comportamientos, pero que es, al mismo tiempo, creación de estos mismos individuos. La cultura permite entonces comprender por qué los miembros del grupo social dicen entre ellos lo que dicen y hacen las cosas que hacen con sus palabras y otras acciones.

1 Cuche, 2004, pp. 11 y ss.

2 Tylor, 1871, pp. 1 y ss.

Como referencia normativa, recordemos la noción insertada en la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de las Naciones Unidas, de 2001. Según esta declaración, «Cultura es un conjunto de diversos aspectos presentes en la sociedad o en un grupo social, como espirituales, materiales, intelectuales y emotivos, incluyendo sistemas de valores, tradiciones y creencias, además del arte, la literatura y los variados modos de vida».

Según la definición recién revisada, la cultura no es algo preexistente, inalterable, monolítico, ni es simplemente encontrada por los individuos, quienes se la apropian o interiorizan; por el contrario, se caracteriza por su dinamismo y permeabilidad, ya que es creación continua de los individuos, quienes se la transmiten y transforman permanentemente³. De esto se desprende que la cultura, en tanto creación humana, es al mismo tiempo un elemento constitutivo y central de producción del mismo hombre⁴.

De este modo, el individuo es siempre producto y portador de cultura, al igual que el derecho (tanto más el derecho penal), que es una manifestación de la cultura. Se puede decir, por lo tanto, que individuo y derecho se encuentran estrechamente relacionados, de modo que la aplicación de este último implica tener en cuenta el contexto cultural en que se da y el bagaje cultural del individuo concernido.

No se trata, sin embargo, de afirmar que la cultura explica o condiciona el comportamiento de las personas, pues su influencia depende de las circunstancias empíricas que facilitan o dificultan la libertad del individuo. Lo esencial es señalar que en todo comportamiento humano existe un aspecto cultural significativo, consistente no solo en el respeto de pautas culturales, sino también en la consideración de expectativas de terceros. Factores esenciales son tanto el hecho de que la manera como la cultura es interiorizada marca la singularidad del individuo, como que el sistema cultural implica un margen de libertad que permite al individuo influir en el desarrollo de su propia cultura.

Esclarecer en qué consiste la cultura y cómo influye en la formación y actuación de los individuos no basta para precisar de qué manera será tomada en cuenta en la calificación de un comportamiento como delito o en el reconocimiento de la responsabilidad penal del individuo. Con este objeto, resulta conveniente considerar cómo se presenta la discusión sobre el tratamiento de las diferencias culturales.

La discusión sobre esta cuestión se plantea en dos direcciones: una que reconoce una gran importancia a la diversidad, sin oponerla a la unidad esencial

3 Benedict, 1934, p. 41.

4 Geertz, 2001, p. 54.

de la humanidad; y la otra que privilegia, más bien, la unidad, minimizando la diversidad en la medida en que la presenta como «temporal» en una perspectiva evolucionista. La primera resulta interesante debido a que permite afirmar que cada cultura merece ser respetada y protegida porque expresa una manera única de ser del individuo.

La profundización del análisis tuvo lugar en países en los que las diferencias culturales son marcadas, como en Norteamérica, y no en países como Francia, en los que la política estatal está dirigida hacia el reforzamiento del Estado-nación homogéneo mediante la asimilación de los sectores de la población de culturas diferentes a la promovida por el Estado. Así, se plantean y discuten numerosos planteamientos que tienen gran importancia para el tema que estudiamos. Tenemos, por ejemplo, el planteamiento que sostiene, por un lado, que toda cultura no es la simple yuxtaposición de manifestaciones culturales, sino una manera coherente de combinarlas, de modo que constituye para los individuos un esquema para sus actividades de la vida cotidiana⁵. Por otro lado, este planteamiento también sostiene que la personalidad de los individuos no puede explicarse mediante factores biológicos, sino más bien culturales en la medida en que, desde los primeros instantes de la vida, son impregnados por todo un sistema de estímulos y prohibiciones, implícitas o explícitas, de modo que, una vez adultos, actúan inconscientemente conforme a las pautas fundamentales de la cultura en la que se han formado.

La coexistencia de culturas y la movilidad continua de los individuos llevan a cuestiones diversas como las de la transferencia de modelos culturales, la presencia de factores y valores interculturales, la aculturación y la pluralidad cultural, bajo las cuales subyacen criterios como el relativismo o el esencialismo cultural, cuestiones que deberían ser consideradas para determinar los límites en los que deben ser tomadas en cuenta las diferencias culturales.

La admisión del relativismo cultural, por ejemplo, puede dar lugar a la pervivencia de prácticas contrarias a la dignidad de la persona como la violencia familiar, la mutilación de los órganos sexuales de las niñas y la discriminación de la mujer, debido a que todas las pautas culturales son puestas en el mismo plano de igualdad y se exige su respeto absoluto.

También lleva a resultados negativos la admisión del esencialismo cultural en la medida en que se considera a la cultura como entidad única e invariable, lo que conduce a proclamar y reivindicar el carácter milenario de la cultura de ciertos grupos étnicos.

5 Benedict, 1934, p. 36.

La referencia a los orígenes centenarios o milenarios de una cultura no debe hacer olvidar que la actual no es la misma que la primigenia, pues los contactos, intercambios y choques con otras culturas han determinado su constante mutación. El permanente y directo contacto entre grupos de personas de culturas diferentes causa cambios en los modelos culturales iniciales de dichos grupos, un fenómeno social que es llamado aculturación⁶ y que no debe ser percibido como una simple pérdida, sino más bien como un hecho inevitable que comporta el acercamiento entre las culturas y su enriquecimiento. De ninguna manera la aculturación debe ser confundida con la asimilación cultural, la que supone, por el contrario, la pérdida, de parte de un grupo, de su cultura debido a la interiorización de la cultura de otro grupo dominante por parte sus miembros. La primera se da por la coexistencia de sociedades culturalmente diferentes entre las que, según la intensidad y frecuencia de sus contactos, se establece una cierta comunidad de pautas de comportamiento y de valoración, lo que permite un mejor funcionamiento de la pluralidad cultural.

La cuestión radica en el tipo de relaciones que se instauran entre los diferentes grupos culturales, el cual puede ser de subordinación o de igualdad en la medida en que sea posible establecer un diálogo intercultural equitativo, lo que no significa que deba considerarse que todos los rasgos culturales, diferentes u opuestos, merecen siempre ser valorados positivamente y, por lo tanto, que deben ser reconocidos y conservados. En este sentido, por ejemplo, debería apreciarse la prioridad dada, en el art. 149 de la Constitución peruana, a los derechos fundamentales en relación con la aplicación del derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas.

Al respecto, hay que señalar que las comunidades no constituyen un mundo homogéneo pues, para comenzar, existe una diferencia neta entre las comunidades campesinas y las comunidades nativas. En cada una de estas categorías se presentan múltiples distinciones. Así, las comunidades nativas pueden ser diferenciadas entre las no estructuradas, las aculturadas y las que están en trance de abandonar sus pautas culturales⁷. En cuanto a las comunidades campesinas, se les puede diferenciar en consideración a su grado de integración a la cultura oficial. Además, todas las comunidades no están organizadas de la misma manera ni poseen las mismas reglas de comportamiento de índole consuetudinaria o institucional.

Sin embargo, hay factores comunes a todas ellas. Las diferencias deben determinarse para resolver los casos en los que el sistema oficial interviene, de oficio o de parte, para resolver un conflicto que se presenta al interior de la comunidad; por ejemplo, cuando un comunero sancionado por autoridades comunales

6 Tremblay, 1962, pp. 293 y ss.

7 Brandt, 1987, pp. 47 y ss.

(conforme al derecho de la comunidad) las denuncia ante las autoridades oficiales como autoras de una infracción prevista en el Código Penal.

B. Localismo cultural del derecho penal y circulación de modelos jurídicos

Considerar al derecho penal como producto cultural de una sociedad determinada permite suponer que se distingue por rasgos peculiares que le diferencian del derecho de otras sociedades culturalmente diversas. En su elaboración, se tienen en cuenta los valores, las costumbres, los modos de vivir, que no son siempre los mismos en todas partes. De esta manera, se adecúa convenientemente el sistema legal con la situación local en la que se desarrolla y aplica.

Esta manera de concebir el derecho data, principalmente, de la época de la Ilustración, en la que se afirmaba que era muy incierto que las leyes de una nación pudieran convenir a otra, y de la cual quedan aún rezagos; por ejemplo, en el derecho de la Comunidad Europea, en la que el derecho penal permanece en la competencia de cada país.

Lo cierto es que cada Estado, en el ejercicio de su soberanía dentro de los límites de su territorio nacional, impone un conjunto de pautas para actuar, valorar y convivir a todos sus pobladores. Para esto recurre a una serie de mecanismos e instituciones oficiales como la escuela, la iglesia, la armada, instituciones culturales, etcétera, con lo cual logra difundir y consolidar una base común cultural. De acuerdo a los criterios de tolerancia que adopte con respecto a la diversidad cultural de sus minorías, tomará en consideración esas diferencias en su política legislativa.

Debido a la interrelación existente entre países y culturas, es evidente que los legisladores nacionales no parten de cero al elaborar sus disposiciones legales, sino que tienen en cuenta las experiencias hechas en otras latitudes con la finalidad de mejor cumplir sus funciones. Este procedimiento debilita significativamente el llamado provincialismo o localismo del derecho penal, en la medida en que se intercambian leyes adaptadas sobre todo a otros medios culturales. En este contexto, se habla de la circulación de modelos culturales.

La propagación de leyes, ideas o sistemas jurídicos, «fenómeno perpetuo y universal»⁸, se realiza también por la imposición o la transferencia de modelos jurídicos. Esta propagación puede ser descrita de manera general como «la entrada en una sociedad de un derecho o de ciertas reglas jurídicas que han sido elaboradas en un medio social diferente y, a veces, en una época ya lejana»⁹. Una forma especial

8 Alliot, 1968, p. 1180.

9 Gaudemet, 1976, p. 29.

de esta difusión es la *imitation*¹⁰ (mímesis), comprendida en la noción de modelo. Un legislador que toma la obra de otro como paradigma de la sistemática, los fines o el contenido de la regulación que trata de establecer, se coloca en el ámbito de la imitación.

Mediante la difusión, común a diferentes dominios de la cultura, la humanidad ha aumentado su capacidad de invención evitando que cada cultura particular tenga que repetir todo el proceso de invención¹¹. La difusión de las adquisiciones culturales o técnicas ha contribuido a la evolución global de la humanidad y ha enriquecido las culturas particulares. En el ámbito del derecho, ella ha engendrado reformas y renovaciones de las leyes y de los sistemas jurídicos.

El fenómeno del contacto entre culturas ha interesado, desde hace tiempo, a historiadores, etnólogos, sociólogos y juristas. Los primeros han utilizado diversas expresiones a este efecto; así, por ejemplo, han hablado de influencia, penetración, infiltración, recepción o trasplatación. En derecho, se habla de aculturación jurídica (transformación global del sistema por el contacto de otro sistema) y de imitación de instituciones jurídicas aisladas, pero también se habla de la circulación del derecho¹² y, sobre todo en los estudios sobre la aplicación del derecho romano, de recepción.

En realidad, esta terminología variada solo es el reflejo de la amplitud del fenómeno señalado, así como de las opiniones científicas y políticas de los estudiosos. La imitación supone una transmisión limitada, mientras que la recepción expresa la idea de una transferencia mucho más amplia, pero ambas suponen la libre voluntad de parte de quien importa el modelo jurídico. Por el contrario, los términos penetración e infiltración hacen pensar en una actitud solapada respecto al sistema que «sufre» esta intromisión en su vida jurídica. La palabra aculturación tiene también una connotación negativa, en el sentido que alude al resultado de un pacto cultural desigual: una sociedad pierde su identidad cultural por la adopción de modelos culturales extranjeros. La expresión circulación tiene, aparentemente, una connotación neutra y podría servir de término genérico, pero debe ser comprendida en sentido amplio si se quiere abarcar con ella la imposición, por la fuerza, a una sociedad del derecho creado en otra distinta. Así, esta expresión comprendería entonces la mayor parte de los casos particulares, cuya especificidad se basa en aspectos como la importancia de la transferencia (parcial o global), los medios de realización (imposición o transferencia voluntaria), la índole

10 Damisch, 1985, p. 411.

11 Linton, 1970, p. 361.

12 Sacco, 1980, pp. 127 y ss.

del sistema concernido (homogénea o heterogénea) o aún el resultado de la transferencia o de la circulación (aculturación o asimilación).

Estas dificultades terminológicas ponen de manifiesto la complejidad del fenómeno. El análisis más o menos profundizado de este problema solo puede hacerse de manera interdisciplinaria. Además del aspecto jurídico, es necesario tener en cuenta su dimensión sociológica. En efecto, el análisis sociológico permite comprender mejor la formación de los sistemas jurídicos con el fin de comparar de modo adecuado las diferentes leyes, incluso conocer mejor el propio derecho nacional

En nuestra opinión, hay que distinguir claramente las nociones de trasplatación, imposición y recepción. La trasplatación de un modelo jurídico se produce cuando un grupo de personas abandona su país para instalarse en una zona deshabitada o poco poblada. En América del Norte, contrariamente a lo que sucedió en América del Sur, en donde entre los conquistadores hubieron muy pocas mujeres, la colonización del país comportó la implantación de familias inglesas de procedencia mayormente popular, las cuales se organizaron según sus reglas jurídicas, una especie de sub derecho alejado del derecho técnico que no conocían¹³. Se trató, de hecho, de un aspecto del fenómeno de supervivencia de formas culturales que los inmigrantes habían adquirido en sus comunidades de origen. Los aborígenes fueron perseguidos y aislados en reservas, sin casi llegar a producirse el mestizaje biológico o cultural¹⁴.

La imposición de modelos jurídicos¹⁵ supone que un grupo de conquistadores someta un pueblo, el que es reorganizado conforme a las reglas de los vencedores. La colonización de América, África y Asia por los europeos implicó un cambio profundo de cultura para los aborígenes, en particular con respecto al derecho. La fuerza militar, la organización política y el prestigio de los modelos culturales calificados de más avanzados son las causas principales de esta forma de transferencia de cultura.

La recepción¹⁶ o importación del derecho consiste en la adopción sin imposición de modelos jurídicos extranjeros. La difusión en toda Europa del derecho romano, un derecho elaborado en otra época y por otra sociedad, es un buen ejemplo. El proceso tiene lugar por osmosis¹⁷; es decir, mediante la penetración progresiva del modelo jurídico romano, que mostró mediante los juristas formados en

13 Papachristos, 1975, p. 32.

14 Rosenblat, 1954, p. 11; Keith, 1976, p. 19.

15 Hurtado Pozo, 1979, pp. 16, 27 y ss.

16 Papachristos, 1975, pp. 8 y ss.; Hurtado Pozo, 1979, pp. 20, 55 y ss.

17 Constantinesco, 1983, p. 400.

Bolonia su superioridad sobre los derechos consuetudinarios locales. Sin embargo, la recepción del derecho puede producirse también por la acogida voluntaria de parte de grupos dirigentes de una sociedad determinada. Así, por ejemplo, para modernizar y laicizar su sociedad, los dirigentes turcos decidieron adoptar casi todo el Código Civil suizo, el mismo que, mediante un acto legislativo, se transformó en Código Civil turco¹⁸. Lo mismo se hizo con el CP italiano de Zanardelli.

Toda forma de transferencia jurídica constituye un fenómeno complejo que juega un papel esencial en la formación de los sistemas jurídicos modernos. Si solo se tiene en cuenta la recepción del derecho extranjero, se constata fácilmente que la transferencia no se reduce al simple acto legislativo por el que el derecho importado es integrado en el grupo receptor. En efecto, no se trata de un simple hecho jurídico, de una técnica legislativa o de un medio de unificación y de homogenización de los diversos derechos; es, más bien, un proceso social cuyo estudio debe permitir determinar, primero, la índole y la profundidad de las relaciones existentes entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales; segundo, la formación y el desarrollo de estos sistemas; y, tercero, la interdependencia entre el orden jurídico positivo y su aplicación efectiva. Así, se percibirá mejor en qué medida se puede aún seguir considerando que el derecho penal se caracteriza por su anclaje en la cultura de una sociedad determinada o que debe más bien admitirse que, salvo algunos aspectos particulares, tiene aspectos comunes amplios y profundos.

C. Derecho consuetudinario de las comunidades

Ante todo, hay que recordar que el derecho, elemento vital de la organización social, constituye un elemento esencial de la cultura, como la religión y el lenguaje. Esto explica, por un lado, que una de las exigencias de los pueblos aborígenes sea la de organizarse y administrarse conforme a sus reglas jurídicas; y, por otro, que el art. 149 de la Constitución prevea la aplicación del derecho consuetudinario por parte de las comunidades campesinas y nativas.

La mención general en la Constitución del derecho consuetudinario, retomada por la doctrina y la jurisprudencia peruanas, oculta una realidad compleja y diversa: el derecho consuetudinario no es uno y homogéneo. Cada comuna o grupo de comunas posee pautas de comportamiento particulares, aun cuando tengan elementos comunes o se basen en principios similares. La referencia constitucional revela también la ligereza con que se emplea la expresión derecho consuetudinario.

18 Velidedeoglu, 1962, pp. 51 y ss.; Sallser-Haft, 1938, pp. 325 y ss.; Ayiter, 1954, p. 151.

La diversidad de los derechos consuetudinarios hace difícil la identificación de la regla consuetudinaria que ha sido seguida en la realización de un comportamiento determinado. A esto se debe, generalmente, que los jueces, aun de la Corte Suprema, se limiten a referirse de manera vaga al derecho consuetudinario para apreciar el caso materia de juzgamiento o determinar cuáles son las autoridades comunales. Este reconocimiento indiferenciado crea el riesgo de que se avalen prácticas incompatibles con los derechos fundamentales; por ejemplo, cuando se afirma de manera general e indiscriminada que los ronderos no cometen secuestro cuando privan de libertad a una persona o no incurrir en lesiones corporales cuando maltratan a un detenido, por considerar que obran como autoridades conforme al art. 149 de la Constitución. Es indispensable que se constate que dichos comportamientos son pautas de comportamiento admitidas por la comunidad y que los agentes actuaron conforme a estas reglas consuetudinarias.

Sin entrar en detalles, por la índole misma de este trabajo, nos limitaremos a reflexionar sobre algunas hipótesis referentes a la aplicación del derecho consuetudinario, considerado como un conjunto de reglas creadas y practicadas de manera continua por los miembros de una comunidad. Este derecho es aplicable a los miembros de la comunidad y no, en principio, a los *extraneus*. Estos, cuando cometen una infracción en el territorio de la comunidad, deben ser remitidos a las autoridades oficiales o a las de la comunidad a la que pertenecen, salvo que, en este último caso, existan prácticas intercomunales que resuelven esta situación.

El comunero que delinque fuera de la comunidad será sometido a la jurisdicción común, la que tendrá en cuenta su condición personal según las especiales disposiciones previstas en el Código Penal (por ejemplo, el art. 15). Si dicho comunero se refugia en su comunidad, las autoridades comunales deben entregarlo a las autoridades oficiales. Estas no deben ocuparse de los asuntos que revelan de la jurisdicción especial de las autoridades comunales, tampoco aplicar el derecho consuetudinario comunal para reprimir comportamientos ni imponer sanciones no previstas en el derecho oficial. En el caso inverso, las autoridades oficiales deben entregar a las autoridades comunales al comunero autor de una infracción en territorio comunal para que estas lo juzguen. Por lo tanto, la jurisdicción de las autoridades comunales, según el art. 149 de la Constitución, es territorial y no personal. Según esta disposición, dichas autoridades «pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial», lo que se reitera —aunque de manera equívoca— en el art. 18 del NCPP, en el que se estatuye que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de «los hechos punibles en los casos previstos en el art. 149 de la Constitución».

El ejercicio de la jurisdicción de las autoridades comunales está limitado por el respeto a los derechos fundamentales. Con respecto a esto, hay que distinguir

dos situaciones. La primera consiste en que la violación de estos derechos sea debida a lo previsto en las reglas consuetudinarias; por ejemplo, la imposición de castigos corporales o la represión del hecho de que un comunero critique las pautas de la comunidad o quiera abandonar esta última. En este último caso, se trataría de un grave atentado contra la libertad; sin embargo, no hay que confundir este caso con el hecho de que la comunidad imponga la obligación de participar en trabajos colectivos de beneficio común y considere una infracción su violación, si esta obligación deriva de una regla consuetudinaria que es aceptada por todos los comuneros por el simple hecho de vivir en la comunidad.

La segunda situación se presenta cuando las autoridades comunales, en ejercicio de su jurisdicción especial, abusan de su poder punitivo en violación del derecho consuetudinario; por ejemplo, al reprimir comportamientos que no son considerados como punibles o imponer sanciones arbitrarias sin que estén previstas en dicho derecho.

La cuestión que se plantea es fijar quién y de qué manera debe controlar si las autoridades comunales respetan los derechos fundamentales y, en consecuencia, si el derecho consuetudinario o su aplicación conlleva o no su violación. Si bien el texto constitucional parte de la idea de que las autoridades comunales, por iniciativa propia, deben constatar si sus actos o las reglas que aplican son o no conformes a los derechos fundamentales, también es cierto que esto supone la necesidad de un control externo a la comunidad para evitar los abusos en que se puede incurrir. En este sentido, el art. 149 prevé que las relaciones entre las dos jurisdicciones deben ser coordinadas. En la práctica, las autoridades oficiales llegan a intervenir cuando quien se siente agraviado denuncia a las autoridades comunales por la comisión de alguna infracción prevista en la ley penal oficial.

La referencia a los derechos fundamentales plantea otros innumerables problemas; por ejemplo, el hecho de que las autoridades comunales sepan cuáles son dichos derechos y que los conciban de la misma manera como son comprendidos en el sistema jurídico oficial. Por esto, debería plantearse la cuestión de si deben considerarse en general todos o solo un mínimo de valores comunes a ambos sistemas culturales. La cuestión es la de encontrar un equilibrio para conservar la unidad del sistema plural de jurisdicciones diversas, de modo que ni el sistema oficial trate de imponer sus pautas culturales en detrimento de las otras comunidades ni estas busquen establecer sistemas autárquicos e impermeables al intercambio cultural. Estos planteamientos extremos van contra las corrientes actuales favorables a reconocer y respetar las diferencias culturales en un marco de debida consideración de la persona y de garantía para que esta disponga del contexto adecuado para desarrollar los programas de vida que escoja libremente.

D. Ciudadanía y obediencia al derecho

En la perspectiva de la noción de ciudadanía, cabe preguntarse cómo puede exigirse obediencia y lealtad a valores insertados en una legislación sin que las personas concernidas hayan, de alguna manera, intervenido en su elaboración y, más aún, que no tengan la posibilidad de conocerla por no serles accesible debido a que no leen el castellano y no han sido debidamente informadas en cuanto a su sentido. Esta legislación será soportada como ajena a los valores e intereses propios y, por lo tanto, su legitimidad y eficacia serán debilitadas.

Asimismo, cabe interrogarse sobre la coherencia de un sistema social y político que excluye o margina a numerosas personas, con lo que dificulta o impide su integración en una sociedad que se declara democrática y plural.

La evolución de la regulación constitucional de la ciudadanía muestra claramente que ha sido considerada como un factor esencial de la creación y consolidación del Estado, así como de la instauración de un régimen democrático. Esta evolución ha sido condicionada por las circunstancias sociales y económicas: primero, por aquellas heredadas del periodo colonial; y, luego, por las surgidas a medida que la sociedad peruana desarrollaba sus relaciones con los nuevos centros de poder económico y político mundiales.

El reconocimiento de la universalidad e igualdad de la persona ha sido condicionado por las diferencias étnicas y culturales de los diversos sectores de la población. Estas diferencias no han sido tomadas en cuenta por los sectores dominantes y los gobiernos a pesar de que ellas han marcado de manera profunda la formación de la identidad y de la sociedad, de modo que no se han superado realmente las discriminaciones que se han forjado desde la colonización.

Formalmente, la participación en la vida pública ha sido ampliada formalmente al eliminarse las restricciones relativas a la capacidad económica, el grado de instrucción y el sexo de las personas. De este modo, bajo la influencia de las ideologías liberales, se ha concebido a la ciudadanía como un estatus personal que debía estar suficientemente definido en la legislación. A pesar de ello, el hecho de que la atención haya sido centrada, sobre todo, en el aspecto formal de la igualdad ha comportado un descuido decisivo con respecto a su efectiva materialización en el funcionamiento del sistema social.

En el Perú, como en muchos países del Tercer Mundo, no se ha dado la relación efectiva entre democracia y ciudadanía, la cual fue señalada por Thomas Marshall¹⁹ al afirmar que lo esencial de este vínculo es el sentido directo de pertenencia a una comunidad con base en la lealtad a una civilización que es compartida, lo que

19 Marshall, 1976.

implica una lealtad de hombres libres dotados de derechos que son protegidos por un orden legal común a ellos.

En este sentido, se puede comprender la ciudadanía como la integración jurídica igualitaria en la sociedad²⁰, la que supone la institucionalización, el respeto y el ejercicio efectivos de los derechos fundamentales, sociales y políticos. Por lo tanto, la ciudadanía solo es formal cuando, por la profunda desigualdad social y económica, todos los ciudadanos no gozan de los beneficios estatuidos por el sistema político y jurídico. Los pocos privilegiados utilizan todos los medios que brinda el régimen constitucional en favor de sus intereses y, cada vez que les conviene, lo infringen para conservar el injusto sistema social imperante.

De esta manera, la mayoría desfavorecida es excluida del ejercicio pleno de la ciudadanía. Sus derechos son desconocidos y, por el contrario, sus deberes son acentuados al invocarse las reglas constitucionales frecuentemente violadas por los gobernantes y el sector social dominante. Situación extrema es la ruptura del régimen democrático por los golpes de Estado pero, aun en ocasiones en las que se presenta la oportunidad de ejercer el derecho de elegir y de ser elegido, un gran número de ciudadanos, a causa de su marginalidad social, ven reducidas sus posibilidades de ejercer su derecho de votar. Así, se constituyen dos clases de ciudadanos de distinto nivel²¹.

Las instituciones mediante las cuales la ciudadanía debe devenir efectiva son desnaturalizadas, de modo que los derechos y las obligaciones de los ciudadanos, fijados normativamente, son ignorados o violados. Prevalen, entonces, relaciones de «sub ciudadanos» y de «súper ciudadanos» destructoras de la identidad del sistema jurídico²². Una de las consecuencias es que los límites entre lo que es legal o ilegal²³, permitido o prohibido, son completamente trastocados. Ello culmina en la creación de una situación de inseguridad en las relaciones entre los particulares, y entre estos y el Estado, situación muy propicia para que se mantenga y desarrolle la corrupción, se produzcan graves infracciones contra los derechos humanos, prospere la impunidad política y penal, y la democracia devenga en farsa. La declaración constitucional de los derechos fundamentales, sociales y políticos constituye, en buena cuenta, un discurso simbólico²⁴ que oculta una situación injusta y antidemocrática.

20 González Galván, 1995, p. 130; Neves, 1999, p. 126.

21 González Galván, 1995, p. 130.

22 González Galván, 1995, p. 130; Neves, 1999, p. 136.

23 Neves, 1999, pp. 135 y ss.

24 Neves, 1999, p. 122.

E. Nación y pueblos

El análisis y el debate relativos a la pluralidad tanto cultural como de sistemas jurídicos son también dificultados por la imprecisión y la vaguedad con las que, generalmente, se abordan las cuestiones concernientes a las nociones de nación y pueblo; en particular, cuando se les utiliza para explicar o justificar los derechos que tienen los pueblos aborígenes y la vigencia de sus derechos consuetudinarios.

La idea moderna de nación tiene sus orígenes en los criterios opuestos forjados a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX en Francia y Alemania. La concepción francesa sostiene que el factor decisivo es «el afán de vivir juntos, la voluntad de continuar a hacer valer la herencia indivisible que se ha recibido» y que la existencia de una nación es un plebiscito cotidiano. Según la concepción alemana, en la otra mano, los factores determinantes son el pueblo y la lengua.

La idea gala se materializó jurídicamente en la DDHC, del 26 de agosto de 1789. En su art. 3, se estatuyó que «el principio de toda soberanía se halla esencialmente en la nación» y que «ningún grupo, ni individuo puede ejercer autoridad que no emane de ésta expresamente». De este modo, la nación deviene en el pueblo constituido en entidad política y cuya voluntad es expresada por sus representantes elegidos. Así, la idea republicana de nación sobrepasa la concepción medieval, fundada en un criterio étnico o tribal en la medida en que es basada en la existencia de un grupo de personas con un origen común. En esa perspectiva, el Estado y la nación son considerados como estrechamente vinculados, al punto de estimarse que toda nación tiene el derecho de disponer de un Estado y que todo Estado debe apoyarse en la existencia de una nación. Así, aparece y surge el Estado-nación, una entidad política soberana y culturalmente homogénea en cuanto a la lengua y a la religión²⁵ que, legitimada en el derecho de los pueblos a la libre determinación, se impone en el siglo XX como la titular soberana de las relaciones internacionales.

A partir de la revolución industrial, el Estado-nación monolítico ha sido fuertemente cuestionado. En tanto que creación política de un sector social, se le reprocha no reflejar correctamente la real conformación social y tratar desigualmente los diferentes intereses de los diversos grupos sociales.

Si pensamos en los inicios de la República peruana, muy semejantes a los de otros países latinoamericanos, podemos indicar que fueron los criollos quienes, con el fin de tomar el poder, idearon la existencia de la nación peruana, conformada por una población modelada, según ellos, por la Colonia en tanto unidad homogénea en la cultura, la religión y el idioma. Ello les permitió constituir

25 Hastings, 2000, p. 14.

el nuevo Estado y heredar los privilegios de los españoles peninsulares en detrimento de la mayoría constituida por los aborígenes. A pesar de las diferencias existentes, todos fueron llamados peruanos y se buscó crear un sentimiento de común pertenencia mediante el discurso político, académico, periodístico y religioso. Esta actividad fue continuada a lo largo de la República, en la que se crearon símbolos y festividades mediante la utilización de las instituciones; es decir, se creó una versión histórica que permitiera constituir una comunidad que sea fundamento del Estado.

En este proceso, la educación fue un instrumento importante en la medida en la que se consideraba que si todos recibían la misma educación, tendrían las mismas ideas y métodos para convivir en comunidad, con lo que, consecuentemente, se consolidaba la unión nacional.

En la realidad, sin embargo, la nación, concebida de esta manera, no existe en concreto. Se trata, más bien, de una construcción ideológica o, más precisamente, de una «comunidad política imaginada»²⁶ cuya función es, en tanto obra política, lograr la cohesión social como base de la autoridad estatal. Sin embargo, el sentimiento nacional no ha nacido, en el Perú, de los diversos estamentos de la población, sino que es el Estado unitario y centralista el que ha promovido el sentimiento nacional. La debilidad del Estado es una de las causas que han impedido que se forje, plenamente, una nación peruana. Por el contrario, la explotación y discriminación de los pueblos aborígenes han conducido a sus miembros a reivindicar su derecho a supervivir y organizarse de acuerdo a sus intereses propios, a demandar la devolución de sus tierras comunales, el reconocimiento de sus identidades indígenas y comunitarias, y el respeto a sus culturas y sistemas de organización social²⁷. No han llegado, salvo algunas iniciativas minoritarias, a proclamar su condición de naciones y menos a reclamar su constitución en estados o entidades políticas plenamente autónomas con respecto al Estado-nación.

La noción de pueblo resulta igualmente importante en el análisis de la cuestión objeto de este trabajo. Los múltiples sentidos en que ha sido utilizada han dificultado la discusión sobre quiénes son los miembros de los pueblos nativos y, por lo tanto, a quiénes deben reconocérseles los derechos y la protección derivados del respeto a la identidad cultural.

Un paso decisivo fue dado con el Convenio 169 de la OIT, en el que se sustituye el término «poblaciones» por el de «pueblos» y se admite, como criterio orientador para los estados signatarios, que el Convenio se aplica en países independientes a los pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que

26 Anderson, 1997, pp. 80 y ss.

27 Florescano, 2001, p. 443.

habitaban en el país —o en una región geográfica que perteneció al país— en la época de la conquista, colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas (art. 1, inc. 1, lit. b). En función a la presencia de estos factores, se reconoce a determinados grupos humanos la condición de pueblos.

El hecho de que, en el periodo de la descolonización en el siglo XX, se recurriera frecuentemente a la expresión pueblo con fines políticos y, en particular, para reivindicar el derecho de los pueblos colonizados a la libre autodeterminación, hizo necesario precisar en el Convenio que hablar de pueblos no significa, de manera alguna, admitir la autodeterminación política ni la separación del Estado nacional.

Considerar la categoría de pueblos desde la perspectiva histórica es una visión política y está en relación con la presencia del Estado. Se trataría, así, de entidades políticas que no están constituidas como estados. La noción de pueblo correspondería, en esta perspectiva, a la de nación histórica en el sentido de Herder. Desde este punto de vista, se comprendería que se afirme que los pueblos o naciones históricas como, por ejemplo, los pueblos indígenas, tienen derechos desde antes de la conquista española. Este criterio lleva a algunos a sostener, con respecto de la pluralidad cultural, que se trata del reconocimiento de culturas y derechos milenarios o ancestrales. La promoción de los pueblos y, por lo tanto, de la comunidad como entidad jurídica, quizá no sea el medio más adecuado para el reconocimiento y el respeto de los derechos individuales de los miembros de los pueblos indígenas. Por esto, resulta complicado fundamentar en esa concepción el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos en detrimento, muchas veces, de los derechos de los individuos que los constituyen.

III. ASPECTO HISTÓRICO

A. Colonia

El carácter multicultural de la sociedad peruana, como el de casi todas las demás sociedades, es el resultado del largo proceso de «globalización». Si se toma como referencia la intervención europea, este proceso ha consistido en el progresivo apoderamiento de zonas geográficas debido al desarrollo y expansión de las potencias europeas. Así, a partir del siglo XV, mediante los «descubrimientos» de regiones aún desconocidas por los europeos, las tierras que serán llamadas América devienen en zona de conquista y colonización, de transformación y aun de liquidación de las diversas sociedades nativas. Mediante la imposición a los aborígenes de sistemas políticos, económicos y culturales, se les incorpora definitivamente a una sola

y misma historia. Así, se va forjando un ámbito mundial con pretensiones de único y modelado conforme a las ideas, valores y técnicas europeas.

En el caso peruano, la conquista española significó la interrupción del desarrollo independiente de la sociedad y el Estado incas, lo que implicó la profunda modificación de las relaciones sociales y políticas nativas desde las pautas europeas. No se trató de una integración equitativa, sino de sometimiento y explotación. El sistema colonial impuso nuevas estructuras de poder social y económico, así como un revestimiento cultural centrado en la catequización católica, la castellanización y la implantación de un nuevo sistema de derecho.

1. Descubrimiento y conquista del Perú

Para mejor comprender esta etapa crucial de incorporación de América al sistema mundial, debe recordarse la etapa en la que se encontraba la organización social y política de la Península Ibérica. En el periodo del descubrimiento de América, tenía lugar la unificación política liderada por los Reyes Católicos mediante la conquista de las regiones dominadas por los árabes. Las estructuras económicas y sociales, si bien aún marcadas por rezagos medioevales, se desarrollaban impulsadas por nuevas fuerzas económicas y sociales. Esta situación compleja se evidencia, por ejemplo, en que la empresa del descubrimiento y la conquista fue el fruto de un acuerdo entre la Corona y empresarios particulares. En el contrato de Granada de 1492, la Corona reconoció a Cristóbal Colón amplias concesiones, muy semejantes a las cesiones feudales²⁸.

Sin embargo, la Corona se cuidó de conservar su autoridad sobre las operaciones y establecer reglas estrictas acerca de la organización y el desenvolvimiento de las múltiples expediciones. De este modo, puede afirmarse que, en la primera etapa de la colonización, «la penetración de las instituciones feudales en los dominios ultramarinos recién conquistados era considerada como el precio que se debía pagar por las perspectivas de una considerable extensión del poder monárquico y el incremento de las rentas de la Corona»²⁹.

Si bien a los conquistadores, en reconocimiento a sus esfuerzos, se les había otorgado dominio sobre tierras y, en consecuencia, sobre sus pobladores, una de las preocupaciones primeras de la Corona —al mismo tiempo que se esforzaba en organizar un sistema social y estatal para insertar los nuevos dominios y a sus pobladores en la estructura total del imperio hispano— fue someter a los conquistadores y limitar sus ambiciones, tanto políticas como económicas. De esta manera, convertía a los pobladores nativos en súbditos directos de la Corona

28 Pietschmann, 1989, p. 50.

29 Pietschmann, 1989, p. 35.

y obligados, por ejemplo, a pagar tributo, con lo que impedía que devinieran en sujetos sometidos directamente al poder de los conquistadores.

Asimismo, hay que recordar la política de la monarquía española con respecto a la población nativa. Un aspecto crucial fue reconocer o no si los indios eran seres libres e iguales a los vasallos europeos. La respuesta afirmativa de la Corona estuvo inspirada tanto por razones humanitarias como por intereses políticos concretos como, por ejemplo, instaurar y conservar el control sobre los pobladores nativos y convertirlos en fuente de rentas mediante la imposición del tributo. De haberlos considerado como esclavos, el control hubiera sido solo indirecto en la medida en que hubieran estado directamente sometidos a sus dueños —en el sentido del derecho privado—. En el aspecto económico, esto hubiera significado hacer de los indígenas una fuerza productiva explotada por los particulares (encomenderos).

Así, los aborígenes fueron definidos, en el seno de la nueva sociedad, como «indios», término que indicaba de por sí una subordinación inalterable, no menguada por el reconocimiento jurídico de su condición humana. En consecuencia, eran vasallos tributarios de la Corona, pero privados de los bienes culturales estratégicos: el idioma, la escritura y la tecnología.

Al emprender la conquista del imperio incaico, así como del azteca, los españoles se enfrentaron al problema de no aniquilar las poblaciones nativas, como había sucedido en las Antillas. La causa de este error fue imputado al sistema de encomiendas impuesto para controlar y utilizar a los nativos. Por esto, se llegó a prohibir el repartimiento de indios en encomiendas. Sin embargo, si bien este mandato fue acatado, no fue obedecido, en la práctica, por los conquistadores y los funcionarios virreinales.

2. Colonización española

Durante el siglo XVI, la política de la Corona española tuvo dos claras orientaciones. En la primera mitad de dicho siglo, buscó conservar el señorío indígena. En ese sentido, el Consejo de Indias, en su memoria de 1533, afirmaba que «a los caciques, por quienes los indios se solían gobernar, no se les debe quitar enteramente la superioridad que sobre ellos han tenido, antes bien, se debe proceder a que puedan dirigir a los indios a que trabajen sus haciendas y que no vivan ociosamente y se les debe dar alguna manera de jurisdicción y gobierno sobre dichos indios».

En el mismo sentido, Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo de Santo Domingo, afirmó que los indios tienen «gran orden entre sí, y cada día se saben mejor sus costumbres para conocer como por orden sirven porque ya ellos tienen sus barrios como tenemos parroquias», a lo que agregó que en cada barrio, gobierna «un principal o dos que los rige y entienden en cobrar lo que les reparte». La conservación del señorío indígena (gobierno local) se justificaba, por un lado, para

evitar el señorío de los conquistadores y, por otro, porque facilitaba el cobro de los tributos en favor de la Corona.

A partir de la década de 1550, en especial desde 1560, la monarquía abandonó dicha política en favor de la constitución de la República de indios en oposición a la República de los españoles. Esto significó la necesidad de organizar a los nativos dentro de un régimen político en común, o sea, en república, la que debe ser comprendida en relación con la idea medieval que inspiraba a los monarcas españoles, según la cual el vivir sin un estado de policía era «vivir como un animal, sin Dios, ni ley»³⁰.

Por lo tanto, era indispensable promover la república entre los indios, por la que se entendía a la vida urbana, política y ordenada. Al respecto, se afirma que el rey expresó en su instrucción de 1523, dirigida a Hernán Cortez, que «parece que dichos indios tienen manera y razón para vivir política y ordenadamente en sus pueblos»³¹ y que solo había necesidad de evangelizarlos y fomentarles las costumbres y hábitos hispanos. Este proyecto, iniciado en México por Antonio de Mendoza y proseguido por Luis de Velasco, consistía en «la congregación de todos los indios en pueblos; la integración del cabildo indígena y la redistribución de la tierra, conforme a la imagen de las aldeas campesinas europeas de la época. Iniciado hacia 1550, su instauración llegó a crear un nuevo mundo indígena, dejando a un lado el proyecto de conservación del señorío indígena»³².

3. Asimilación de la sociedad colonizada

a) Metamorfosis de la sociedad indígena

Los años de colonización significaron la remodelación del sistema social indígena y la reordenación de las creencias y costumbres de sus miembros. Su inserción en las estructuras coloniales se produce progresivamente, pero manteniendo a los indígenas en condiciones que les impiden el paso de la casta discriminada hacia otros sectores sociales³³.

La legislación que establecía los derechos de los indios fue elaborada en la perspectiva de la diferencia y el control que la nueva situación exigía. El derecho de conquista se impuso y estableció rápidamente límites a la movilidad social que tuvieron como consecuencia una sociedad de castas basada, primero, en la distinción étnica y, luego, en la diferenciación cultural³⁴.

30 Mörner, 1971, p. 8.

31 Mörner, 1971, p. 9.

32 Bonilla, 1984, p. 32.

33 Bravo, 1970, p. 93.

34 Pease, 1993, p. 289.

Durante la Colonia, además de las leyes dictadas en España, se aplicaba la legislación española, como las Siete Partidas, que fueron ampliamente utilizadas. De esa manera, la sociedad colonial fue fuertemente marcada por el derecho vigente en la metrópoli. La legislación, con la que se buscaba establecer el estatus de los indígenas, también estaba dirigida a protegerlos y a regular la conducta de los españoles con respecto a ellos.

A manera de ilustración, recordemos que las llamadas Leyes de Burgos, si bien se orientaban a proteger a los indígenas (reduciendo la jornada de trabajo y fijando las responsabilidades de los encomenderos), decían en su introducción que los indios son «naturalmente inclinados a la haraganería y al vicio» y que «olvidan prontamente lo que se les ha enseñado y retornan a su estado primitivo de depravación, a menos que estén constantemente supervisados». Esto permite comprender que la «conversión» no solo fue de orden religioso, sino que «abarcó todos los órdenes de la vida, puesto que los españoles pensaron que su propio estilo de vida era el mejor posible» y «buscaron permanentemente hacer “vivir en policía”»; es decir, en buen orden, «a la población de sus colonias»³⁵.

En cuanto a las Leyes de Indias, hay que tener en cuenta que fueron dictadas sin seguir un plan orgánico y se emitieron, más bien, de acuerdo a los problemas inmediatos que era necesario resolver. Ellas fueron reunidas en la Recopilación de 1680, dividida en 218 títulos y en nueve libros. De estas disposiciones, pocas fueron de índole penal. Las de orden penal y moral se encuentran, sobre todo, en el libro séptimo; y, en el quinto, las disposiciones referentes a las jurisdicciones en general y a los funcionarios.

El mencionado libro séptimo estaba compuesto por ocho títulos y se ocupaba, preferentemente, de aspectos procesales, de los delitos y de las penas. En el título primero, bajo la denominación «De los pesquisidores y jueces de comisión», se regulaba lo que ahora denominamos «instrucción». En el título segundo, «De los juegos y jugadores», se prohibía toda clase de juegos de azar cuyo valor superase los diez pesos de oro.

El aspecto penal se encuentra, de manera limitada, en diversas disposiciones relativas a materias como la «De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas» (título tercero), la «De los vagabundos y gitanos» o la «De los mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios» (títulos cuarto y quinto, respectivamente). Las disposiciones de este último título se caracterizaban por su carácter severo e intimidatorio. En el título sexto, se halla contenida una serie de normas que detallan la organización carcelaria y el tratamiento al que debían ser sometidos los detenidos. Se le denominó «De las cárceles y carceleros».

35 Pease, 1993, p. 290; Pietschmann, 1989, pp. 84 y ss.

Estas reglas fueron completadas mediante disposiciones referentes a las ocasiones y a la forma en que se debería realizar el control de los establecimientos de detención («De las visitas de cárcel»). Por último, en el título octavo, «De los delitos y penas y su aplicación», se enumeran y describen desordenadamente los diferentes comportamientos punibles y las sanciones que se imponían a los responsables.

Estas leyes, dictadas para regular la conquista y la colonización, constituyeron un derecho especial y, en cierta medida, tuitivo de las poblaciones sometidas; sin embargo, como es sabido, muchas de sus disposiciones no fueron realmente aplicadas. Los esfuerzos por crear una «ciudadanía» homogénea solo significaron la cristianización como factor de uniformidad cultural³⁶. Los intereses tanto de la Corona como de los colonizadores impusieron en la práctica un sistema de servidumbre, el cual se concretó mediante una política puesta de manifiesto en el criterio de que la «ley se acata, pero no se cumple»³⁷.

b) Actitudes de la población indígena

La imposición de pautas sociales, jurídicas y económicas por parte de los colonizadores a los pueblos sometidos no fue un fenómeno unilateral, pues también implicó un acondicionamiento de sus propias pautas a las del nuevo medio físico y social, de manera que ambos mundos culturales se interrelacionaron. A pesar de las estrictas condiciones de dominación, los indígenas llegaron a mantener una buena parte de sus rasgos étnicos, lingüísticos y culturales, al mismo tiempo que asimilaban a sus tradiciones los valores y bienes más inmediatos de la cultura hispana³⁸.

Sin embargo, la relación fue desigual en la medida en que los conquistadores, mediante su fuerza militar, organización política y modelos culturales más avanzados, impusieron un sentido prioritario a la transferencia cultural. El sistema social y las tradiciones de los indígenas se conservaron localmente y fueron integradas al sistema social y político colonial de acuerdo con los intereses de la Corona.

Las estructuras sociales y económicas originarias, tanto las de las sociedades conquistadas por los incas como las del propio imperio incaico, fueron modificadas y muchas otras nuevas fueron introducidas. La tenencia de la tierra y la organización familiar, la producción de bienes (explotación de las minas) y el intercambio de estos, las creencias religiosas y las metas sociales, fueron trastocados.

Así, por ejemplo, el *ayllu*, célula social, subsiste en grandes zonas pero moldeado por la Colonia; el proceso de la formación de las familias conserva

36 Pietschmann, 1989, p. 86.

37 González Galván, 1995, p. 93.

38 Florescano, 2001, p. 158.

ciertas formas primigenias (el *servinacuy*); las creencias religiosas originarias sobreviven travestidas en el culto católico; y el *runa simi* (quechua) y el aimara, lenguas principales, persisten como principal vehículo de comunicación oral y, por lo tanto, de conservación y transmisión de conocimientos y de pautas culturales propias. Todo esto es debido a la resistencia, cotidiana y aun pasiva, de los pueblos sometidos frente a las imposiciones de los colonizadores. Así, la población indígena llega a rehacer, aun dominada y subordinada, un mundo que le pertenece, pero que no es más el originario y tampoco el de los colonizadores.

El correcto entendimiento de la aplicación del derecho hispano y la dación de las Leyes de Indias, así como sus proyecciones en la historia de nuestro país, permiten comprender muchas de las actitudes adoptadas por los descendientes de los colonizadores —que tomaron el poder luego de la independencia de la metrópoli— en el momento de elaborar las nuevas leyes de la República y en el tratamiento otorgado a los descendientes de los dominados. La legislación indiana no encontró eco posteriormente en la legislación de las repúblicas independientes.

B. El nuevo Estado

1. Inicios de la República

El proceso de adaptación y supervivencia de los pueblos nativos estuvo marcado por rebeliones dirigidas a eliminar las formas más graves de explotación. Sus líderes fueron miembros de los sectores sociales dirigentes de la sociedad inca, los que sirvieron de intermediarios entre las autoridades colonizadoras y las poblaciones indígenas. El triunfo de aquellos movimientos hubiera podido dar lugar a la instauración de un sistema social y político basado en las poblaciones nativas; sin embargo, su fracaso se debió tanto a causas económicas y sociales como a la complejidad y ambigüedad de los intereses políticos y sociales perseguidos, lo que impidió que los rebeldes federaran a los criollos y mestizos, que también se sentían víctimas del sistema colonial. Una de las principales consecuencias de este fracaso fue la desaparición de los rezagos del sector social gobernante incaico.

En este contexto, se explica que los movimientos emancipadores fueran incitados y encabezados por un nuevo grupo social producido por el proceso de colonización. Se trató de los descendientes de los españoles nacidos en América y de los mestizos, quienes tomaron conciencia³⁹ política y social de la necesidad de liberarse de la metrópoli y de autogobernarse como miembros de una sociedad distinta a la española. El acicate de este despertar de emancipación de los criollos

39 Florescano, 2001, p. 172.

fue múltiple, pero uno de los factores decisivos fue la discriminación practicada por la Corona en favor de los peninsulares. Estos eran los únicos que tenían el privilegio de ocupar los cargos de gobierno y de la administración colonial.

La ocasión se presentó a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX⁴⁰ con la crisis grave de la monarquía española, crisis que desencadenó un fuerte movimiento político, basado en la idea de que, en caso de ausencia del Rey, la soberanía vuelve al pueblo. Este movimiento culminó con la dación de la Constitución de 1812, en la que se reconoció a todos los hombres libres como españoles y en cuya elaboración intervinieron representantes de América. En el proceso de elaboración de esta Constitución se declaró, igualmente, que España estaba constituida por los pueblos de uno y otro lado del Atlántico⁴¹.

Los españoles, criollos y mestizos de América se enfrentaron, entonces, por el problema de la autonomía y de la igualdad de las provincias americanas con respecto al poder peninsular. La división entre los partidarios de la independencia y los fieles a la Corona no correspondió a la de españoles peninsulares y españoles nacidos en América (criollos)⁴², pues un gran número de los segundos prefería conservar el régimen español.

El movimiento emancipador fue marcado por la tendencia al establecimiento de un Estado moderno inspirada en las concepciones políticas de la Ilustración, las cuales dieron lugar a la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y a la Revolución Francesa. Convencidos de que la emancipación con respecto a España no tendría lugar sino por la fuerza, los criollos⁴³ radicales se organizaron políticamente y desencadenaron un movimiento orientado a agrupar los diferentes sectores favorables a la autonomía. De esta manera, obtuvieron el liderazgo de la liberación política y lograron incorporar a muchos peninsulares. Por su situación social y fuertes vínculos familiares y económicos con la sociedad española, se encontraron confrontados, por un lado, con las fuerzas monárquicas y, por otro, con los pobladores nativos, con respecto a los cuales sentían un gran recelo debido al recuerdo de las cruentas rebeliones de los indígenas contra los intereses de la metrópoli y a la falta de una clara identidad de intereses de parte de los indígenas.

En las guerras por la independencia, se enfrentaron peninsulares y americanos (criollos)⁴⁴ y los indígenas intervinieron, indistintamente, en favor de ambos

40 Lohmann, 1984, pp. 15 y ss.

41 Paniagua, 2003, pp. 115 y ss.

42 Esta situación perduró en el Perú. Jorge Basadre dice: «por causas complejas, el Perú jugó desde 1810 la carta de España y que, aún después de 1821, muchos peruanos la jugaron», Cfr. Basadre, 1968, T. I, p. 106.

43 Pease, 1993, T. II, pp. 279 y ss.

44 Basadre, 1968, T. I, p. 261.

bandos y en función de las promesas que se les hacían. Así, fueron utilizados, pero no integrados en el proceso de instauración del nuevo sistema. La organización del Estado independiente estuvo en manos solo de los españoles nacidos en América y de los mestizos; por eso, la implantación de la República y la abolición de los títulos de nobleza no determinaron un cambio en la mentalidad de los criollos, ya que, si bien juraban fidelidad a la patria y a la República en lugar de sumisión al soberano, continuaron usufructuando los privilegios y menospreciando a las otras clases y castas. Por su parte, los indios no se identificaron con la causa emancipadora, mientras que la nueva República, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos.

2. Formación del Estado republicano

Inspirados en las mismas concepciones sajona y francesa del periodo de la Ilustración⁴⁵, los criollos emprendieron la organización política y social de la nueva República. La concepción liberal individualista se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde la declaración de la independencia. Asimismo, tuvieron importancia las diversas leyes de la Colonia que se mantuvieron en vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX. En repetidas ocasiones, se estatuyó que se reconocía vigencia a todas las leyes, ordenanzas y reglamentos españoles que no contradijeran los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubieran sido derogados por la autoridad competente⁴⁶.

En el Perú, la Constitución de 1823 fue el primer ensayo para establecer en una carta política el nuevo pacto social, ensayo que tuvo lugar antes de que las tropas españolas fueran vencidas y arrojadas del territorio del nuevo Estado, circunstancia que explica que si bien fue promulgada, no entró efectivamente en vigencia⁴⁷. Sin embargo, constituyó un hito significativo en la constitución del nuevo Estado porque en ella se reflejan los criterios ideológicos y las preocupaciones sociales que motivaron a sus redactores⁴⁸.

Uno de los aspectos esenciales fue decidir si el nuevo Estado, basado en una sola nación, debía ser una monarquía constitucional o una república liberal⁴⁹.

45 Florescano, 2001, pp. 274 y ss.; Minguet, 1973, p. 68.

46 Reglamento provisional dictado por José de San Martín el 17 de marzo de 1821, art. 18, citado en Anderson, 1997, pp. 80 y ss.

47 Paniagua, 2003, p. 41.

48 Según Basadre, en ella «está expresada, sorda al patético significado de la realidad circundante, la candorosa fe doctrinaria de los liberales», Cfr. Basadre, 1968, T. I, p. 66.

49 Pareja Paz Soldán, s/f, pp. 45 y ss.

Ambas corrientes tenían en común la crítica y la negación del régimen colonial hispano, sin renegar de la cultura y los vínculos familiares o económicos con España. Ambas se orientaban, igualmente, a superar el sistema servil colonial y a establecer un gobierno de libertad. Los partidarios de la monarquía sostenían que esta era el sistema político ideal para pueblos que carecían de una buena formación política y que se caracterizaban por una gran heterogeneidad tanto social como cultural. Todo esto, según ellos, hacía necesario el establecimiento de un gobierno fuerte para evitar la anarquía y el despotismo que originaría la instalación de la República. Este gobierno déspota ilustrado debería instruir y civilizar a los pueblos, y atenuar lo más posible las diferencias económicas y culturales de las personas, lo cual implicaba, por ejemplo, homogeneizar la sociedad entera mediante la pérdida de la identidad étnica y cultural de los diversos pueblos oriundos.

Los republicanos, percibiendo casi de la misma manera la situación social y económica, llegaban a conclusiones opuestas. Así, afirmaban que la instauración de la monarquía reforzaría las tendencias serviles fomentadas por el sistema colonial y que la alegada monarquía constitucional ilustrada se transformaría fácilmente en un régimen absolutista porque los peruanos olvidarían sus derechos, puestos de manifiesto por la gesta libertadora.

A diferencia de los monárquicos que, aunque de manera negativa, tuvieron en cuenta a los indígenas, los republicanos los ignoraron en su proyecto de nuevo Estado. Esta exclusión se debió a razones ideológicas, en la medida en la que concebían a las personas como entidades abstractas y titulares de los mismos derechos y obligaciones. Asimismo, se debe sumar el hecho de que percibían a la nueva sociedad como una sociedad urbana y no rural⁵⁰, la cual se iría formando con la asimilación de los indígenas, campesinos y pastores en los centros urbanos. El aparente olvido de los indígenas significó, en buena cuenta, el desconocimiento de la realidad y de sus peculiaridades culturales y económicas, así como la afirmación de la universalidad e igualdad de las personas.

El objetivo del nuevo sistema no era, como fue el de la legislación indiana, conservar la población indígena como tal, bajo un régimen de libertad tutelada y un sistema político económico subordinado; sino, por el contrario, asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales⁵¹. Así, se creía que este principio liberal, como estatus «moderno», protegería a los indígenas⁵².

La imposición abstracta y general de este principio tuvo, sin embargo y debido al contexto social reinante, consecuencias negativas para los indígenas que se perciben desde las primeras medidas adoptadas. Un buen ejemplo se encuentra

50 Basadre, 1968, T. I, pp. 243 y ss.

51 Pietschmann, 1989, p. 35.

52 González Galván, 1995, p. 119.

cuando, al admitir que todos los miembros de la población nativa eran ciudadanos con iguales derechos y obligaciones, Bolívar, por decreto del 30 de marzo de 1824, dispuso «la propiedad individual de la tierra» y, así, dio lugar al reparto de los bienes comunales entre sus miembros⁵³, medida que inició el proceso de despojo de las tierras comunales y el dismantelamiento del sistema comunitario indígena. Este criterio fue repetido y fortalecido en las sucesivas constituciones de la nueva República. De esta manera, fue abandonada la concepción tuitiva que trató de imponerse mediante las Leyes de Indias⁵⁴. Al respecto, cabe recordar que la Corona española pretendía que con esta legislación los indios fueran «bien tratados, amparados y favorecidos», y que estas leyes debían ejecutarse «sin omisión, disimulación ni tolerancia».

3. Pueblo y ciudadanos

La debilidad militar y política de los partidarios del régimen monárquico, liderados sobre todo por el libertador José de San Martín y su ministro Bernardo de Monteagudo⁵⁵, facilitó el triunfo de los partidarios de la República. La Constitución de 1823⁵⁶, en la que se consagró el nuevo régimen, declaró, por un lado, que este era el de una república representativa compuesta por ciudadanos iguales ante la ley; y, por otro, que la soberanía se basaba en la nación y su ejercicio en los magistrados, en quienes se delegaban los poderes respectivos. Por temor a que el poder sea monopolizado por una sola persona, se redujeron significativamente las facultades del Presidente y se le sometió al estrecho control del Parlamento, hecho excepcional que no se repetirá en las numerosas posteriores constituciones, en las que se favoreció más bien el presidencialismo.

Con respecto a la determinación de quiénes componen el pueblo⁵⁷ y quiénes tienen derecho a participar en la vida pública, eligiendo o siendo elegidos, la posición adoptada fue la de un reconocimiento amplio en favor de la mayor parte de la población, comprendidos los indígenas, pero con la exclusión de las mujeres y los menores. Así, según el art. 17⁵⁸, tenía derechos políticos todo peruano, casado o mayor de veinticinco años, que supiera leer y escribir, tuviera propiedad, o ejerciera cualquier profesión o arte con título público, o que se ocupara en alguna

53 Basadre, 1968, T. I, p. 211; Minguet, 1973, pp. 65 y ss.

54 Florescano, 2001, pp. 430 y ss.

55 Gálvez, 2001, pp. 319 y ss.; Pease, 1993, T. IV, p. 131.

56 Pareja Paz Soldán, s/f, pp. 55 y ss.; Aljovín de Losada, 2001, pp. 351 y ss.

57 Minguet, 1973, p. 64.

58 Las referencias a las disposiciones de las diversas constituciones peruanas han sido tomadas de García Belaunde & Gutiérrez Camacho, 1993.

industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente o jornalero. La condición de ser alfabeto fue suspendida hasta 1840⁵⁹, pues se esperaba que, durante ese periodo, se alfabetizara, sobre todo, a los indígenas.

Esta regulación contradecía, en principio, las concepciones políticas dominantes que propugnaban, más bien, un derecho de voto restringido debido a la fuerte mentalidad elitista de los sectores dominantes y a su menosprecio por las personas no instruidas y por los indios. Una de las explicaciones propuestas es de orden político. Los sectores sociales representados en el Parlamento tenían un gran interés en ganarse el favor de las clases populares, por estar en pleno desarrollo las guerras de la independencia.

El fracaso de esta primera experiencia constitucional se explica por una compleja conjunción de circunstancias sociales y económicas, por el afán de implantar un modelo sin tener debidamente en cuenta la realidad y por la falta de una tradición política necesaria para instaurar un sistema político eficaz, como el republicano en el caso peruano.

El criterio amplio de ciudadanía establecido en 1823 fue admitido en las constituciones que se sucedieron, pero no en los mismos términos; así, los mismos requisitos se fijan en el art. 14 de la Constitución de 1826, salvo el referido a tener la condición de propietario. Con criterio más amplio, en el art. 8 de la Constitución de 1839 se establece que, para ser ciudadano en ejercicio, se requiere ser casado o mayor de veinticinco años, pagar alguna contribución y saber leer y escribir⁶⁰. Se exceptúan de esta última exigencia a los indígenas y mestizos hasta el año 1844 y solo en «las poblaciones donde no hubiera escuelas de instrucción primaria».

Así, se revela que los primeros titulares de los derechos de la ciudadanía eran los blancos y alfabetos, por gozar de los privilegios educativos y económicos. Igualmente, se muestra la orientación de considerar a los centros urbanos como factores de civilización en detrimento de las zonas rurales pobladas de indígenas, generalmente analfabetos.

En la Constitución de 1828⁶¹, por el contrario, se declaró que son ciudadanos todos los individuos libres nacidos en el Perú y algunos extranjeros (art. 4). Asimismo, se limitó el ejercicio de los derechos de la ciudadanía a los mayores de veintiún años o casados, que no hayan sido condenados a penas infamantes,

59 Pareja Paz Soldán, *s/f*, p. 54.

60 Esto confirma la orientación de que la escuela es el medio para transformar en ciudadanos a los miembros de las comunidades particulares, con lo que se logra hacerlos participar de la universalidad de la ciudadanía nacional. Schnapper, 2000, p. 155.

61 La Constitución de 1834 la reprodujo casi literalmente, pero una de las modificaciones consistió en restringir la manera como se había concedido la ciudadanía peruana —en realidad, la nacionalidad— a algunas clases de extranjeros.

ni aceptado empleo de otra nación ni hecho tráfico de esclavos o pronunciado voto religioso (arts. 5 y 6). De esta manera, no se consideró como requisito ser alfabeto, no se excluyeron a los jornaleros o sirvientes y tampoco se exigió tener una propiedad o ejercer alguna profesión o industria⁶².

En la Constitución de 1856⁶³ se regulan como requisitos de la ciudadanía pasiva la nacionalidad peruana y el ser varón mayor de veintiún años o casado (art. 36). Además, se reconoce el ejercicio del sufragio popular directo a los ciudadanos que saben leer y escribir⁶⁴, o son jefe de taller, o tienen una propiedad raíz o son retirados del servicio del ejército o la armada (art. 37). Disposiciones semejantes fueron previstas en la Constitución de 1860 (arts. 37 y 38).

Sin embargo, en noviembre de 1895, se modificó el art. 38 —semejante al art. 37 de la Constitución de 1856— y se estableció simplemente que «gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir». De esta manera, se precisó la tendencia a excluir a la gran mayoría de peruanos analfabetos, sobre todo indígenas, de la vida política del país. De manera excepcional y por breve lapso, en la Constitución liberal de 1867 (art. 38), se reconoció el goce del derecho al sufragio popular a todos los ciudadanos en ejercicio; es decir, a todos los peruanos mayores de veintiún años o emancipados.

El criterio de exigir que se sea alfabeto refleja que la idea predominante era alcanzar la integración de todos los habitantes del país a la cultura oficial hispánica impuesta en la Colonia y conservada en la República. Así, se continuó ignorando las diferencias culturales reales que subsistían entre las diversas poblaciones del país, al mismo tiempo que se afirmaba la existencia de un solo Estado y una sola nación. Todos los peruanos son declarados ciudadanos, pero muchos, por no estar integrados plenamente al sistema cultural dominante, eran tratados como ciudadanos de segunda clase por no reconocérseles el derecho a elegir y a ser elegidos.

Aquí, se pone de manifiesto —cuestión permanente en países pluriculturales como el Perú— que si bien se admite que la ciudadanía está, en principio, abierta a todas las personas sin importar sus diferencias biológicas, históricas o sociales, se le utiliza con el objetivo político de integrarlas al sistema social y cultural predominante haciendo abstracción de las diferencias que las identifican⁶⁵.

62 En opinión de Pareja Paz Soldán, esta Constitución «ha sido la más amplia y generosa [...] en lo que se refiere a la concesión de la ciudadanía y del sufragio», Cfr. Pareja Paz Soldán, *s/f*, pp. 75 y ss.

63 Basadre, 1968, T. II, p. 143.

64 Paniagua, 2003, p. 36.

65 Schnapper, 2000, p. 144; Taylor, 1994, p. 41; Kymlicka, 2001, p. 247.

En este primer periodo de la República, se buscó la regulación legal de los derechos subjetivos públicos tanto de índole liberal (derechos civiles como libertades que el Estado debe respetar) como de carácter democrático (participación en la vida pública y en el ejercicio del poder). En cuanto a este último aspecto, se reconoció la condición general de ciudadano, pero se restringió el derecho a votar. Sin embargo, la inestabilidad social y política del país impidió que los derechos implícitos a esta ciudadanía activa fueran realmente efectivos; en particular, por la interrupción del desarrollo normal de la endeble democracia por la intervención de los caudillos militares.

Con respecto a los indígenas, transformados de «vasallos libres de la Corona» en «ciudadanos iguales y libres», las nuevas normas constitucionales y legales fueron letra muerta en la medida en que se restablecieron, por mucho tiempo y bajo ciertas condiciones, el tributo y el trabajo obligatorio⁶⁶. De este modo, fueron social y políticamente marginados y, asimismo, convertidos en fuentes de recursos económicos para el funcionamiento del nuevo Estado, tal y como sucedió en la Colonia.

Un claro representante de la ideología que inspiraba esta manera de percibir y comprender el denominado «problema indígena» fue García Calderón⁶⁷. Este autor consideró a los indios «niños envejecidos» y, en consecuencia, necesitados de una protección paternal de sus superiores. A partir de este criterio, llegó a sostener que «dar la libertad al indio sin rodearlo de una tutela benéfica es condenarlo a la servidumbre bajo la autoridad del prefecto, del cura y del cacique»⁶⁸. De esto, dedujo que la «raza indígena pide un protector laico contra el cura, en la esfera religiosa, y, en el orden social, contra el cacique, dueño de la hacienda, señor feudal de la política y de la vida local». Como solución propuso, por ejemplo, la inmigración del indígena de su territorio para «liberarlo de sus tradiciones locales, de sus penates, de su marco monótono y deprimente; extender, mediante colegios especiales, la lengua española y formar una elite india que ayudaría al gobierno en su obra civilizadora». Estas opiniones constituyen un eco lejano de las que inspiraron al sistema colonial.

Las concepciones políticas y jurídicas imperantes se reflejaron en la elaboración de la nueva legislación republicana, la que solo tuvo lugar algunas décadas después de la emancipación. En el ámbito penal, el primer código republicano fue dictado en 1862 y tanto su contenido como su proceso de elaboración fueron marcados por la visión hispánica de la sociedad y sus pobladores. Ejemplo claro y bastante recordado es la opinión expresada en la nota de remisión del proyecto⁶⁹ al Congreso Extraordinario, según la cual, primero: «la comisión no ha hecho ni debido hacer

66 Bonilla, 1984, p. 495; Basadre, 1968, T. I, p. 219.

67 García Calderón, 1907, p. 328.

68 García Calderón, 1907, p. 330.

69 Tejada, 1859, T. III.

otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones»⁷⁰; y, segundo, que: «el código español ha servido de una luminosa guía en este trabajo, y la comisión juzga propio de su sinceridad rendirle aquí el homenaje debido, confesando que después de meditados estudios ha creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia». Por lo tanto, «estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla, no era posible alejar nuestro proyecto de aquellas acertadas disposiciones»⁷¹.

El nuevo Estado-nación percibía la sociedad peruana como homogénea y monolítica, basada en los principios republicanos (libertad, igualdad), en una sola cultura hispana, en una sola religión católica y en un solo derecho. La ideología liberal individualista impedía ver las diferencias sociales y culturales e impulsaba la percepción de una nación imaginaria, deseada pero inexistente. Asimismo, hacía creer que bastaba la declaración formal de la libertad e igualdad para que todos sean libres e iguales realmente. La libertad e igualdad, así como los privilegios sociales y económicos, correspondían únicamente al pequeño sector cuyas costumbres y valores estaban efectivamente, por su situación privilegiada, «vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla», sector que constituía «el Perú español y cristiano no conquistado sino creado por la conquista»⁷², el «vértice criollo» de la pirámide social de «base nativa»⁷³.

En el CP de 1862, no figura disposición alguna en la que se tenga en cuenta con claridad la situación particular de las poblaciones nativas, a pesar de que su objetivo era controlar y orientar el comportamiento de todas las personas. En realidad, el legislador había dictado un código para un país y sociedad ideal, que debería ser semejante política y culturalmente a España, y no para el país real, fruto del largo periodo de colonización.

4. Evolución del Estado en el siglo XX y los códigos penales de 1924 y 1991

En el siglo XX, tienen lugar cambios formales en la medida en que se desarrollan e incorporan en el ámbito constitucional los criterios de democracia y se reconocen los derechos individuales y sociales; sin embargo, en un primer momento, se continúa negando a los analfabetos la condición de ciudadanos activos.

70 Tejada, 1859, T. III.

71 Tejada, 1859, T. III.

72 Herrera, 1929.

73 Lauer, 1976, p. 20.

En la Constitución de 1920 (art. 66), se vuelve a introducir el requisito de saber leer y escribir. Sin embargo, en esta carta política, se introdujo un título especial consagrado a las garantías sociales⁷⁴, entre las que cabe mencionar —en consideración con los fines de este trabajo—, por ejemplo, la obligatoriedad de la enseñanza primaria «en su grado elemental para los varones y mujeres desde seis años de edad» (art. 53) y la obligación del Estado de proteger a la «raza indígena» y de dictar «leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía de sus necesidades» (art. 58).

Esta tendencia se acentuó en la Constitución de 1933⁷⁵, pero, en esta, se prefirió desarrollar la regulación en favor de las comunidades indígenas (reconocidas simplemente en la Constitución anterior) y establecer, de manera más detallada, que el Estado dictará «la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen» (art. 212)⁷⁶. De esta manera, se establecía una directiva general de política destinada a mejorar las condiciones de los indígenas y de integrarlos al sistema nacional teniendo en cuenta su situación particular.

El progresivo reconocimiento de los derechos individuales, sociales y culturales de los pobladores nativos es el resultado de los movimientos políticos y sociales que se intensificaron en el paso del siglo XIX al XX. El punto central fue la lenta toma de conciencia de que el sector indígena era el factor esencial para la constitución del Estado y de la nación, los cuales deberían estar basados en la pluralidad cultural de todos los peruanos.

De esta manera, se abandona en cierta manera la concepción idealizada tanto del Imperio Incaico como de su casta dirigente, la cual había sido utilizada para imaginar la nación peruana como base de la nueva nación, que no podía ser basada ni en el modelo de la metrópoli contra la cual se producía la emancipación ni en el sistema de las poblaciones indígenas que supervivían y que eran mantenidas en la subordinación establecida por la colonización. En su lugar se impone progresivamente el llamado indigenismo⁷⁷, que afirma la pervivencia de los indígenas

74 Basadre, 1968, T. XIII, p. 41.

75 Basadre cita la opinión de Vicente Villarán contra el voto de los analfabetos: «El indio ignorante no puede tener voto individual, pero cabe estudiar un medio de darle voto colectivo, tomando como base las comunidades y ensayar algún plan que permita subsanar, siquiera de modo parcial e imperfecto, la injusticia de que la mayoría indígena carezca enteramente de representación en los municipios y en el Congreso», Cfr. Basadre, 1968, T. XIV, p. 263. Señalemos que solo se reconoció a las mujeres el derecho de votar en 1955 mediante la Ley N° 12391, del 7 de septiembre.

76 Svirichi, 1946.

77 El primer congreso indigenista interamericano se reunió en 1940 y, si bien declaró su respeto por la personalidad y la cultura de los indígenas, también promovió la idea de la integración nacional y la asimilación de los indígenas a la cultura nacional. Los primeros esfuerzos de la

en la sociedad peruana mediante su revalorización como factor esencial del sistema político y cultural. Este movimiento, encabezado por políticos e intelectuales, impulsó el surgimiento y el desarrollo tanto de instituciones como de disposiciones legales tendientes a reivindicar y proteger los derechos de los aborígenes, lo que llevó al reconocimiento de las comunidades indígenas y, en particular, por ejemplo, de la intangibilidad de la propiedad colectiva de la tierra comunal, así como a la desaparición de formas de servidumbre. La tendencia era, igualmente, la de consolidar el Estado-nación pero afirmando que el Estado inca había constituido un sistema socialista natural y que su célula básica había sido el *ayllu*, comunidad familiar colectiva. En una de sus manifestaciones más claras, el indigenismo resaltó que el problema indígena es un asunto de mejor distribución de la tierra y que el Perú era el país de los indios⁷⁸.

Estos cambios ideológicos repercutieron en el ámbito penal. En la redacción del segundo CP republicano de 1924⁷⁹, Víctor M. Maúrtua, autor del proyecto, tuvo en cuenta las diferencias entre los pobladores. Con un criterio etnocentrista, casi ya completamente superado en la época, los distinguió en civilizados (generalmente, descendientes de europeos, ciudadanos, hispanohablantes y cristianos), indígenas (semi civilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre) y salvajes (miembros de las tribus de la Amazonía).

En los arts. 44 y 45 del Código, se previeron especiales medidas de seguridad consistentes con el internamiento en una colonia penal agrícola. Con respecto a los indígenas, en razón de su condición personal, se les consideró como imputables relativos y se previó que se les reprimiese de manera prudente o se les aplicara la medida de seguridad indicada de acuerdo a su «desarrollo mental», «grado de cultura» y «costumbres». En cuanto a los «salvajes», se estableció que, en caso de sancionárseles con pena privativa de la libertad, esta sea sustituida con la misma medida de seguridad, a la que se atribuyó como fin alcanzar su «asimilación a la vida civilizada» e inculcarles una «moralidad» que los haga aptos para «conducirse» bien. Si bien, con respecto a los indígenas, no se señaló expresamente la finalidad de la medida, implícitamente el objetivo era el mismo que el buscado en relación con los «salvajes».

Desde una perspectiva etnológica, se puede sostener que se adoptó una concepción «de asimilación»; es decir, que se buscó utilizar el derecho penal

Organización Internacional del Trabajo (OIT) iban en la misma dirección. Su Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales es, básicamente, asimilacionista e integracionista. El art. 2 del Convenio dice sin ambages: «1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países».

78 Mariátegui, 1972; Molinié, 2009, pp. 237 y ss.

79 Hurtado Pozo, 1979, p. 67.

como un medio para incorporar a la «civilización» a los grupos de peruanos que se conservaban fuera de esta. Con un criterio paternalista y afanado en imponer su cultura o civilización, se ignoró la cultura de los pueblos nativos. El hecho de que cometieran un comportamiento calificado de delito por el derecho penal oficial fue considerado como una buena ocasión para poner en marcha la finalidad moralizadora y civilizadora estatuida en el mismo Código. Así, se fijó expresamente que los centros penales agrícolas debían ser «organizados en el propósito de adaptarlos [a los salvajes] en el menor tiempo posible al medio jurídico del país» (art. 44). Desde esta perspectiva, está claro que se elaboró el Código sobre la base de un deseado o imaginado «orden social» y no sobre una «comunidad nacional»⁸⁰. La idea que inspiraba la previsión de colonias agrícolas se aproxima bastante a la que sirvió de fundamento a las reducciones organizadas por los misioneros durante la Colonia, en las que se encerraba a los nativos para modelar sus conciencias y enseñarles el arte de vivir como buenos cristianos: trabajo, obediencia y respeto a la propiedad, objetivos que no son diferentes a los que el gobierno de Augusto B. Leguía, bajo el influjo del indigenismo, fijó al Patronato de la Raza Indígena.

De esta manera, se siguió considerando que los comportamientos de todos los peruanos están determinados por las pautas culturales sobre la base del Código Penal, las mismas que debían ser incorporadas por todos en su bagaje cultural. Así, nadie podía alegar como excusa el hecho de que había actuado conforme a las pautas de comportamiento estimadas como positivas y permitidas en su medio cultural propio. Su cultura y, en particular, sus costumbres diferentes solo podían ser tomadas en cuenta dentro de los marcos establecidos por las diferentes categorías penales previstas en el Código (por ejemplo, imputabilidad, intencionalidad, error de derecho).

Las concepciones sociales y jurídicas que el movimiento indigenista promovía fueron fuertemente cuestionadas por una nueva corriente, denominada frecuentemente «indianismo», la que se caracteriza por declararse como un movimiento fundado y promovido por los mismos pueblos aborígenes y que tendría como objetivo el pleno reconocimiento de los derechos propios de estas comunidades. En realidad, favorecidos por el contexto social y político de los años setentas y ochentas, trabajadores, campesinos o intelectuales de ascendencia indígena procedentes de zonas rurales toman la iniciativa de reivindicar los derechos de las poblaciones nativas oponiéndose a las concepciones del indigenismo. En la medida en que fueron sumando a sus exigencias culturales originales los reclamos económicos y sociales de los indígenas, los indianistas lograron establecer una amplia base social. Este movimiento muy marcado por la globalización, favorecedora

80 Costa, 1976, p. 273.

de la consolidación o resurgimiento de grupos culturales locales, logró establecer una red internacional, para lo cual contaron con el apoyo de fundaciones y ONG europeas y norteamericanas⁸¹.

Dentro de esta perspectiva, se declaró en la reunión de Barbados (1971) que «la liberación de las poblaciones aborígenes debe ser realizada por ellas mismas, o no es liberación». Asimismo, se declaró que corresponde al Estado «garantizar a todas las poblaciones indígenas el derecho de ser y permanecer ellas mismas, viviendo según sus costumbres y desarrollando su propia cultura por el hecho de constituir entidades étnicas específicas». Según esta concepción, el centro de la cuestión no se encuentra en el individuo, como lo considera el liberalismo, ni tampoco en la clase social, como lo estima el marxismo, sino en la comunidad. Esta es, por lo tanto, el fundamento de los pueblos autóctonos y la base de proyectos futuros. Desde el punto de vista político, se busca la autodeterminación.

En este contexto, se sustituye el Convenio 107 de la OIT, basado sobre todo en el indigenismo, por el Convenio 169, en cuya elaboración influyeron los sucesivos congresos y reuniones de agrupaciones indígenas. Cabe citar la Conferencia Internacional sobre la discriminación contra las Poblaciones Indígenas en las Américas (1977) y la Conferencia Internacional sobre los Pueblos Indígenas (1981). Esto dio lugar, por ejemplo, a la formación del grupo de trabajo sobre pueblos indígenas por parte de la subcomisión contra la discriminación racial y la protección de las minorías de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1982). En setiembre de 2007, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas. Las concepciones generales del indianismo forman parte de estas declaraciones, así como de los planteamientos políticos y sociales.

El punto central ha sido la lenta toma de conciencia de que el sector indígena es el factor esencial para la constitución del Estado y de la nación, los mismos que deberían estar basados en la pluralidad cultural de todos los peruanos.

En esta tercera etapa, se han confirmado normativamente los principales derechos civiles y políticos, sobre todo con la admisión del sufragio universal y, por lo tanto, con la eliminación de las restricciones antes establecidas, salvo la mayoría de edad (disminuida a dieciocho años). Progresivamente, se han integrado los derechos económicos y sociales, denominados de tercera generación, con lo que formalmente se estatuye una ciudadanía en el sentido moderno y amplio. Así, en la Constitución de 1979, art. 65, se estableció que tienen derecho «de votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil»; al mismo tiempo, se estatuyó que «el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los 70 años»

81 Al respecto, Cfr. Favre, 2009, pp. 29 y ss.

y facultativo después de esta edad. La pluralidad de los pueblos es acentuada mediante la mención expresa de las comunidades nativas junto a las comunidades campesinas, a las que se les reconoció «existencia legal y personería jurídica, autonomía en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece» (art. 161). De manera expresa, se estatuyó, en el último párrafo de la disposición citada, que el Estado «respeta y protege las tradiciones de las Comunidades campesinas y nativas», así como «propicia la superación cultural de sus integrantes». De esta manera, se manifestó la preocupación por comprender mejor los derechos de los pueblos originarios, pero con una ambivalencia que se manifiesta en la expresión «superación cultural de sus integrantes», la que puede ser comprendida como el desarrollo de la propia cultura o el abandono de esta mediante la adopción de las pautas culturales dominantes, consideradas como superiores. Esta integración de los indígenas está condicionada por la idea de mejorar sus posibilidades de intervenir en la vida pública del país.

En la Constitución de 1993, se desarrollan y sistematizan los derechos fundamentales. En el capítulo dedicado a los derechos políticos y a los deberes, se dice que son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años, sin otras restricciones (art. 30). Además, se amplían los medios por los que pueden participar en asuntos públicos (referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas) (art. 31, pf. 1). Asimismo, se establecen las mismas condiciones fijadas en la Constitución precedente para ejercer el derecho de votar (art. 31, pf. 3).

En cuanto a la nación peruana, se declara que es étnica y culturalmente plural y que el Estado está obligado a reconocer y proteger este pluralismo (art. 2, inc. 19). De igual forma, se estatuye como derecho individual el derecho a la «identidad étnica y cultural» y, como derecho social, se dispone que el Estado debe fomentar «la educación bilingüe e intercultural» (art. 17, pf. 4). Con respecto a la nación y al Estado, se estatuyen (art. 48) como idiomas oficiales el castellano, el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes.

Por último, al regular el Poder Judicial, se reconoce poder jurisdiccional a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas en su territorio según su derecho consuetudinario y siempre que no se violen los derechos fundamentales (art. 149).

IV. LEGISLACIONES PENALES EN LATINOAMÉRICA

A. Reforma penal en Bolivia

En el plano latinoamericano, se nota que en algunos procesos de reforma la preocupación se centra, *grosso modo*, en aspectos que son sobre todo propios a las realidades de cada país. En los países donde los pueblos autóctonos constituyen un importante porcentaje de la población y su influencia tanto política como social es significativa, los procesos de reforma penal actuales están fuertemente marcados por los problemas relacionados con la pluralidad étnica y cultural.

Es el caso, principalmente, de Bolivia y Ecuador, en donde se han elaborado sendos proyectos para reformar la parte general de los códigos penales. En los trabajos pre legislativos llevados a cabo destacan dos cuestiones: por un lado, el cuidado estricto con el que se trata de garantizar el respeto de los derechos humanos, del Estado de derecho y de los principios propios al derecho penal; por otro, la toma en consideración de las diferencias culturales de los diversos sectores de la sociedad.

En el caso de Bolivia, una de las preocupaciones de los autores del proyecto es la de delimitar los ámbitos de la jurisdicción oficial y de la jurisdicción indígena. Con este fin, parten del supuesto —no expresado explícitamente— de que los hechos punibles están, en principio, sometidos a la jurisdicción oficial. Luego, establecen los que caen bajo la jurisdicción indígena.

En primer lugar, se dispone, en el art. 11, inc. 1, que la ley penal no se aplicará a los hechos «cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cultura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana».

De la manera como está redactada esta disposición, hay que deducir que concierne a toda persona perteneciente a dicha comunidad de cultura originaria que se comporte conforme a las pautas de esa cultura, pautas según las cuales su comportamiento no debe ser considerado como infracción por más que lo sea conforme a un tipo legal del derecho penal oficial, salvo que la impunidad —en caso de delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual— constituya una grave lesión a la dignidad humana. Esta excepción se inscribe en la tendencia a establecer como límite de la aplicación del derecho consuetudinario el respeto por los derechos humanos.

En segundo lugar, se excluye también la aplicación de la ley penal a los «hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que ésta lo juzgue y sancione» (art. 11, inc. 2). En este caso, el factor decisivo es que el responsable

de la infracción (no comprendido en el primer inciso) haya sido ya juzgado y sancionado por su comunidad conforme al derecho oficial. Si este es el caso, la justicia oficial ya no tiene por qué intervenir.

En caso de duda, se estatuye que se resolverá en favor «de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo y pluralidad cultural y conserve o restablezca la paz social» (art. 1, inc. 11). De esta manera, se trata de prever los conflictos de jurisdicción que puedan presentarse; sin embargo, es de considerar que los criterios no son suficientemente precisos y tampoco se señala quién terciará en la confrontación.

Respecto a las penas, en el art. 12 se declara que las penas impuestas conforme al derecho del grupo cultural originario⁸² no deben ser crueles, inhumanas o degradantes. No se comprenden en esta categoría, por respeto al respeto de la identidad cultural, aquellas que cumplen funciones rituales de incorporación a la comunidad o que comportan un sufrimiento, lesión o privación menor que el que causaría la pena que se le impondría conforme al Código Penal.

Si la pena es cruel, inhumana o degradante y ha sido ejecutada, este hecho, aun cuando constituyera una infracción penal conforme al Código Penal, no dará lugar a la persecución y sanción de quienes la impusieron y ejecutaron. Los jueces que conocieran este caso, se limitarán a informar al Poder Ejecutivo para «que adopte las medidas de política cultural que mejor convengan para evitar reiteraciones de tales penas en la comunidad».

El fundamento y la buena intención son correctos en la medida en que se trata de respetar la cultura minoritaria; sin embargo, la regulación es imprecisa. Así, no basta que la pena prohibida constituya un rito de iniciación, sino que además no debe comportar una violación de derechos fundamentales, algo que debe deducirse tanto del contexto mismo del Anteproyecto y de lo previsto en el art. 14, como del segundo criterio mencionado —referente a que la pena tradicional sea de menor gravedad que la pena prevista en el Código Penal—. Resulta ilusorio o idealista considerar que la información de los jueces será eficaz para lograr que el Poder Ejecutivo tome medidas de orden cultural para eliminar tales prácticas contrarias a la dignidad humana.

Por respeto a la identidad cultural, se vuelven a reconocer las penas tradicionales, sean o no crueles, cuando han sido ya ejecutadas o lo serán necesariamente. El juez que conoce el caso conforme al derecho oficial se abstendrá, de acuerdo al art. 13,

82 En el texto se dice incorrectamente «que impongan las culturas originarias». No son las culturas las que las imponen, si no los grupos humanos que tienen una cultura originaria determinada. En otras palabras, las penas impuestas deben ser aquellas que acostumbra a emplear las autoridades tradicionales de esos grupos frente a hechos que no son conformes a las reglas consuetudinarias del grupo.

de imponer la pena prevista en el Código Penal en salvaguarda de la prohibición de la doble punición, conforme al art. 190 Const⁸³.

Con el mismo objetivo, se admite que las autoridades de las comunidades originarias sancionen a quien cometa un hecho punible conforme a las pautas culturales de la comunidad, aun cuando no lo sea de acuerdo a la ley penal. Este reconocimiento es también restringido en consideración al respeto de los derechos fundamentales, lo que se establece en el art. 14: «siempre que las prohibiciones no sean discriminatorias o afecten la dignidad de la persona y las sanciones no son crueles, inhumanas o degradantes».

Por último, indiquemos que se incorpora en el Anteproyecto la regla relativa al error de comprensión (art. 19, pf. 5) casi en el mismo sentido en el que figura en nuestro código. Conforme a esa disposición, se excluye «la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión». La pena será, por el contrario, disminuida, cuando «por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecer la pena conforme al grado de exigencia que podría formularse».

En cuanto al error de hecho o de tipo, se dispone que tratándose «de personas pertenecientes a culturas originarias, el tribunal tendrá especialmente en cuenta los condicionamientos culturales que impidan o dificulten el reconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal» (art. 19, pf. 2).

B. Reforma penal en Ecuador

En el art. 2 del Anteproyecto de Código orgánico de garantías penales para el Ecuador⁸⁴, se ha considerado necesario establecer de manera detallada, primero, que «en materia penal se aplicarán todos los principios que emanan de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos». Es, en realidad, una disposición de reenvío a los criterios establecidos en esos textos legales; es decir, un llamado de atención a quienes aplican las leyes, los mismos que, se supone, ya están debidamente informados sobre la fuerza y prioridad de las normas internacionales y constitucionales referidas al respeto de los derechos humanos.

83 Art. 190. «(I) Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. (II) La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución».

84 Borrador de discusión, 19 de noviembre de 2009.

En seguida, se detallan las consecuencias de esa regla general en el ámbito estrictamente penal. Así, se declara que el fundamento del derecho penal es la dignidad y, del mismo, se deduce la regla de que los participantes procesales, la policía y todos quienes intervengan en el sistema penal tratarán a todas las personas con igual consideración y no deberán discriminarlas por motivo alguno. Estas directivas son reforzadas y particularizadas, en el inc. 4 de la misma disposición, indicándose sucesivamente que no hay ley penal sin necesidad, no hay necesidad sin lesividad, no hay lesividad sin acción u omisión punible, no hay acción u omisión punible sin culpabilidad, no hay culpabilidad sin debido proceso, no hay debido proceso sin conocimiento del hecho punible, instrucción ni acusación, que corresponde exclusivamente al fiscal o acusador.

Esta enumeración no es considerada suficiente, por lo que se ha estimado indispensable fijar reglas de interpretación para evitar que se violen determinadas garantías por parte de quien aplica la ley. Con esta finalidad, se establecen reglas estrictas en el art. 3. Según esta disposición, el intérprete debe interpretar restrictivamente la descripción del tipo penal y, en general, la comprensión de cualquier circunstancia que pueda agravar la responsabilidad penal.

Esta exigencia es reforzada por la prohibición expresa de crear, mediante la analogía y la interpretación extensiva, infracciones penales, ampliar los límites de las condiciones legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar, de la remisión a otras normas o disposiciones legales para completar la definición de la infracción penal.

Como aun la aplicación estricta de estas directivas puede producir conflictos sobre la comprensión, la aplicación o los efectos de una ley penal, se dispone en el anteproyecto que la ley se aplicará en el sentido más favorable a la situación de la persona infractora o presuntamente infractora. Se permite la aplicación de este principio incluso si la infracción se ha cometido en el extranjero y si la ley que rige en dicho territorio es más favorable que la ecuatoriana.

Además, se prevén reglas para tener en cuenta ciertas circunstancias particulares. Así, primero, respecto a adolescentes infractores, se ordena que las normas penales y sus efectos se interpreten de conformidad con el principio del interés superior del niño y niña y el de prioridad absoluta, atendiendo a su grado de madurez. Segundo, en consideración a las culturas de las personas, se dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los partícipes en el conflicto penal.

C. Reforma penal en el Perú y jurisprudencia

1. Art. 15 CP

a) Exención de responsabilidad

Al elaborarse el CP de 1991, se consideraron de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal. En el art. 15, se exime de responsabilidad a quien «por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión»⁸⁵.

El proceso de elaboración del art. 15 muestra que esta disposición es el resultado del reconocimiento social de la ciudadanía y del derecho político de los pueblos aborígenes para participar en la vida activa del país⁸⁶. Este reconocimiento es, ante todo, formal en la medida en que la nueva legislación no elimina los diversos factores negativos, sociales y económicos que dificultan o impiden esa participación.

El cambio en el ámbito penal implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento para con los miembros de las comunidades culturales diferentes en caso de que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal oficial.

Conforme a la exposición de motivos del Código Penal, los redactores del texto legal buscaron regular como causa de no culpabilidad el denominado «error de prohibición culturalmente condicionado», lo que comportaba abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces. Sin embargo, este resultado no ha sido obtenido porque, debido a la redacción defectuosa del art. 15, lo que se ha previsto es más bien una especie de incapacidad.

Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (art. 20, inc. 1), a una anomalía psíquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor. En lugar de estas circunstancias, en el art. 15, son los patrones culturales del agente, diferentes a los que se hallan en la base del Código Penal, los que «afectan gravemente su concepto de la realidad», de manera que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya debidamente integrado a la cultura dominante. Es decir, aun cuando no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de «un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal» (art. 14, pf. 2), sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños.

85 Hurtado Pozo, 1995, pp. 160 y ss.

86 Hurtado Pozo, 1995, p. 159.

Dejando de lado estas discusiones jurídico penales y restringiéndonos al texto legal, hay que destacar el hecho de que la regulación no se orienta más —de manera central— a los casos en los que el infractor era un aborigen que actuaba conforme a sus propias pautas culturales, las cuales estaban en conflicto con las de la cultura fundamento del Código Penal. Al referirse, en general, a cultura y costumbres del agente, se está tomando en consideración todo caso en el que se presente este conflicto como, por ejemplo, también cuando el autor es un turista o un inmigrante foráneo. Esto obliga a replantear y ampliar el análisis de la cuestión sin descuidar, evidentemente, las especificidades de la situación de los miembros de las comunidades campesinas y nativas nacionales.

b) Problemática relacionada con la aplicación del art. 15 CP

Para comprender la solución legislativa adoptada en el Perú para resolver los conflictos culturales engendrados por la aplicación a los nativos del sistema penal oficial estatuido sobre la base cultural proveniente de la Colonia, es indispensable considerar ciertos aspectos de la cultura⁸⁷ en el sentido de las explicaciones dadas anteriormente,

Un conjunto de individuos constituye un grupo organizado en la medida en que su manera de convivir está regulada por un sistema de normas o pautas que señalan la manera correcta como deben reaccionar en una situación determinada. De este modo, dicho sistema modifica profundamente las dotes naturales de los individuos, brindándoles importantes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones.

El nacimiento de un individuo en un grupo social desencadena un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación o el aprendizaje. Así, adquiere modelos culturales y se forma su personalidad. El individuo es entonces capaz de comportarse según las pautas culturales de su grupo social.

Si viola una de las normas culturales, por ejemplo, mediante la realización de una acción incriminada en una disposición penal, se le formulará un juicio de reprobación y se le exigirá reparación o se le castigará. Esto supone, a su vez, que el acto pueda serle imputado y esto solo podrá hacerse si se le considera capaz. El acto debe ser inscrito en su cuenta como obra suya y debida a su iniciativa, la misma que supone libertad. Todo este proceso está condicionado culturalmente.

Las diferencias culturales no solo existen en relación con las pautas de comportamiento, sino también con respecto a los criterios de imputación de actos y de formulación de juicios de reprobación. La determinación de si una persona es capaz depende, en principio, de criterios culturales y no solo biológicos o psicológicos. El criterio de inimputabilidad o irresponsabilidad, regulado

87 Rossi, 1970; Martínón, 1987; Linton, 1970.

tradicionalmente en los códigos penales, supone entonces sujetos socialmente integrados; es decir, personas que han asimilado debidamente las pautas culturales que son el fundamento de la ley penal.

Cuando una persona no respeta estas pautas culturales, puede deberse a que procede con pleno conocimiento de causa o a que no ha asimilado debidamente la pauta de comportamiento violada o lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos, se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así, puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no asimilación de la pauta cultural se ha debido a un trastorno mental grave o, igualmente, la disposición sobre el error de prohibición cuando, por una deficiente asimilación de las pautas culturales, el agente cree por equivocación que su comportamiento no es ilícito.

El conflicto cultural, implícito en la comisión de un delito y la reacción estatal, puede ser absoluto; por ejemplo, en el caso de algunas tribus de la Amazonía sin contacto con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial, cuando se causa la muerte de niños recién nacidos, de mellizos, de ancianos o de enfermos porque el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida. Desde la perspectiva de la cultura dominante (según el Código Penal), se trata de delitos contra la vida. El autor de dichos actos obra, sin embargo, siguiendo las pautas culturales de su comunidad. Culturalmente se trata, en consecuencia, de un acto positivo, ya que es el medio por el que el grupo social subsistirá en la medida en que conserva el equilibrio necesario entre las necesidades de la comunidad y los medios a su disposición. El autor del delito habría, entonces, actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha interiorizado mediante el proceso de inculturación, proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad, sería considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.

Tratándose de tribus que viven aisladas y en la autarquía, cabe preguntarse si resulta conveniente la intervención del Estado mediante el derecho penal. En los ejemplos dados, el elemento que parecería justificar una respuesta positiva es la importancia del bien o derecho violado (la vida de las personas). Por el contrario, nadie ha pretendido sancionar a los nativos de la selva como responsables de exhibiciones obscenas por el hecho de andar desnudos. Sin embargo, en ambos casos, lo decisivo es de determinar si la intervención penal es necesaria. En nuestra opinión, sus efectos serían más bien negativos, por lo que debería más bien respetarse, en primer lugar, la reacción del propio grupo social y, al mismo tiempo, favorecer una mejora sustancial en sus condiciones de vida.

La situación es diferente cuando el grupo social está más o menos en contacto con el sistema cultural predominante. La cultura de las comunidades indígenas de los Andes, por ejemplo, ha sido profundamente modificada, pero conserva rasgos propios. Sin embargo, ella también ha influenciado grandemente la cultura mayoritaria del país. El problema reside en cómo respetar las diferencias culturales de los diferentes grupos sociales.

La centralización política, la homogeneización (a través, por ejemplo, de la educación) y la interpretación hecha por los aborígenes tanto de los moldes culturales propios como de los que se les imponían, han estructurado de nuevo la imagen étnica y cultural del país. Ahora bien, resulta utópico pensar en el renacimiento de una sociedad y de un Estado de indios en oposición a una sociedad y a un Estado de peruanos occidentalizados. Problemático es, igualmente, plantearse una solución federalista constituida por regiones o zonas determinadas por el predominio de un pueblo y una cultura determinados.

El progresivo mestizaje, la fuerte inmigración del campo a la ciudad, la alfabetización de la mayor parte de la población, el desarrollo de los medios de comunicación (principalmente de la radio y la televisión), la participación cada vez más importante de los indígenas en el sistema productivo, todo esos factores han producido una cierta uniformidad de las pautas culturales primarias, concretamente de aquellas que están estrechamente vinculadas a la supervivencia y cohesión del grupo social. Las costumbres o los ritos crueles, de acuerdo con nuestras pautas culturales más humanas, han desaparecido o han sido fuertemente modificados por la aculturación secular.

Un caso bastante citado es el *servinacuy*, que constituye una etapa previa al matrimonio en la cual la pareja cohabita antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de catorce años, las relaciones sexuales practicadas comportan, según el derecho penal vigente, la comisión de un delito sexual; siendo, por el contrario y según la pauta cultural de la comunidad, un comportamiento justificado por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo. La práctica de esta costumbre constituye un buen ejemplo para poner en evidencia los inconvenientes que tiene la regulación prevista en el art. 15 CP. Para no reprimir al varón que cohabita con la menor debería declarársele incapaz, por razones culturales, de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación, lo que podría ser factible en relación con los miembros de las comunidades de indígenas que permanecen relativamente aisladas, pero no con respecto a los miembros de estas comunidades que, por ejemplo, han emigrado y viven en las barriadas de la capital o de otras ciudades importantes.

Además, señalemos que el análisis presentado está fuertemente condicionado por nuestra perspectiva cultural; por lo tanto, se trata de un planteamiento

condicionado por nuestro sistema jurídico de origen europeo continental. A partir de esta concepción hemos tratado de explicar cómo se han impuesto y siguen imponiéndose a poblaciones nativas normas jurídicas procedentes de otras culturas e importadas, junto con la doctrina correspondiente, mediante procedimientos de recepción sin la debida adaptación a nuestras realidades. La situación no puede cambiar sin una renovación de nuestro derecho en la vía del respeto a la pluralidad cultural de nuestra sociedad. La fuente de inspiración y el límite deben ser los derechos humanos, fundamentos del Estado de derecho.

2. Proyectos de reforma del art. 15 CP y Acuerdo de la Corte Suprema sobre rondas campesinas y derecho penal

En los últimos proyectos de reforma del CP de los años 2004 y 2009, la regla del art. 15 no ha sido substancialmente modificada, a pesar de que los conflictos originados por actos cometidos por las llamadas «rondas campesinas» se multiplicaban. Frente a las deficiencias e imprecisiones de los criterios judiciales, en especial al nivel de la Corte Suprema, los miembros de las Salas Penales de esta Corte se han visto obligados a elaborar directivas de interpretación mediante el Acuerdo N° 1-2009/CJ-116, denominado «rondas campesinas y derecho penal».

En este documento, se decide, primero, establecer como «doctrina legal» los criterios expuestos en los «fundamentos jurídicos» contenidos entre los párrafos 7 y 17 de dicho acuerdo. En segundo lugar, declaran que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales.

Los jueces tienen como preocupación central los problemas suscitados por el procesamiento, por parte de órganos de la jurisdicción común, de miembros de las rondas campesinas como autores de comportamientos punibles conforme al Código Penal, pero que estos consideran conformes con sus pautas culturales y su derecho consuetudinario. Si bien este es su punto de partida, sus directivas van más allá hasta comprender el problema globalmente.

Los mencionados principios jurisprudenciales pueden ser resumidos y clasificados. En cuanto a los presupuestos generales y relacionados con la regulación constitucional, afirman:

1. Las rondas campesinas, mencionadas como auxiliares de las autoridades de las comunidades andinas y nativas en el art. 149 Const., son también autoridades en consideración a la actividad real que efectúan, sin considerar si están o no vinculadas a una de esas comunidades.
2. Las rondas tienen funciones jurisdiccionales como autoridades comunales en el territorio de la comunidad y aplican el derecho consuetudinario.

3. El fuero comunal de las rondas se caracteriza por corresponder a un grupo étnico con una identidad cultural determinada, que cuenta con una organización reconocida por la comunidad y con capacidad de control social, con un derecho consuetudinario y con un territorio determinado. El límite de este fuero es el respeto de los derechos fundamentales.
4. La pertenencia de las rondas al mundo cultural andino o nativo, expresada en su identidad cultural y su conformidad con el derecho consuetudinario, debe ser comprobada por el juez con ayuda de peritos.

De esto hay que concluir que, en razón de una constatación de hecho (funciones reales que ejercen los ronderos), amplían el art. 149 decidiendo que este sea leído en el sentido, primero, de que las rondas no son meros auxiliares de las autoridades comunales, sino también autoridades; y, segundo, de que se comprendan rondas que no forman parte de comunidad alguna (rural o urbana).

Esto resulta contradictorio, primero —y en relación con el último punto—, con la afirmación de que las rondas deben reunir como características la identidad étnica y cultural, la capacidad de control social y un dominio territorial, por lo que deben contar con una organización reconocida por la comunidad. Según el derecho consuetudinario, las rondas campesinas deben tener el poder de la «policía», pero es la autoridad comunal la que debe juzgar y aplicar dicho derecho, así como ordenar la ejecución de las sanciones impuestas. Por ello, es difícil admitir que se reconozca a las rondas campesinas que no estén vinculadas a una comunidad, a lo que se debe sumar el derecho consuetudinario impuesto en el territorio de estas.

La identidad cultural, base del fuero comunal de las rondas, y el derecho consuetudinario, fundamento legal de sus actividades, deben ser comprobados por el juez con el auxilio de expertos para comprobar la pertenencia de las rondas al mundo andino o nativo.

Respecto a la caracterización de los elementos del delito, se señala que:

1. El autor debe ser un rondero (competencia personal).
2. El hecho debe ser cometido en el territorio donde la ronda ejerce su fuero (competencia territorial).
3. El sujeto pasivo o la cosa (interés) debe pertenecer a la misma comunidad (vínculo comunal).
4. El hecho debe ser conforme al comportamiento sancionado en una norma concreta del derecho consuetudinario (tipicidad).
5. El hecho no debe violar ninguno de los derechos fundamentales (límites).

Así, se determina que constituyen asuntos internos a la comunidad los casos en los que se presenten los siguientes factores:

1. Personales (autor y víctima forman parte de la comunidad).
2. Legales (el comportamiento cae dentro de una disposición del derecho consuetudinario de la comunidad).
3. Materiales (el bien o interés es comunal y el territorio en que se ha cometido el hecho es comunal).

Aun cuando no se diga expresamente, se debe comprender que, *mutatis mutandis*, hay que comprobar las mismas condiciones en caso de rondas no vinculadas a una comunidad.

La referencia a la contradicción con los derechos fundamentales, conforme a lo previsto en el art. 149 Const., es incompleta en la medida en que solo se considera el hecho cometido por el rondero y no se tiene en cuenta que la disposición del derecho consuetudinario aplicable al caso concreto puede ser en sí misma inconstitucional.

En este conflicto interno a la comunidad, si todas las condiciones indicadas se cumplen, en el acuerdo de las Salas Penales se afirma la impunidad del procesado porque el comportamiento que se le imputa es legítimo, conforme al art. 149 Const.

El caso es exterior a la comunidad y, por lo tanto, intercultural —según el acuerdo analizado— cuando:

1. El sujeto activo no es rondero.
2. El hecho no es cometido en territorio comunal.
3. El sujeto pasivo o la cosa (interés) no es comunal.
4. El hecho es injusto conforme al derecho consuetudinario.
5. El sujeto activo debe darse cuenta de que lesiona o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad.
6. El sujeto activo debe haber actuado por egoísmo para afectar a la institución comunal o al ofendido a sabiendas de los valores y bienes jurídicos tradicionales.

Las cuatro primeras circunstancias son la negación de las circunstancias personales, legales y materiales referentes a los asuntos internos de la comunidad. Los otros dos son de índole subjetiva. La conciencia que el agente debe tener que dañar o poner en peligro un miembro o intereses de la comunidad y el egoísmo con que debe actuar no constituyen elementos del delito, sino condiciones para fijar quién es competente para investigar y juzgar, así como qué derecho debe aplicarse (el oficial o el consuetudinario).

Consecuente con el límite fijado en la Constitución y consistente en el respeto a los derechos fundamentales, en el acuerdo se afirma que el derecho

fundamental a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al fuero jurisdiccional comunal no son absolutos, sino que deben concordarse con otros derechos individuales y colectivos.

Con este objeto, señalan que los derechos fundamentales que deben ser respetados plenamente son:

1. La vida.
2. La dignidad humana.
3. La prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes.
4. La prohibición de la esclavitud y de la servidumbre.
5. La legalidad del proceso, de los delitos y de las penas (bajo la noción básica de «previsibilidad» para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural).

Derechos que deben ser interpretados «de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia».

En su opinión, son conductas que atentan contra el «contenido esencial de los derechos fundamentales» y, por lo tanto, «antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario»:

1. Las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable, plenamente arbitrarias y al margen del control propio de las rondas.
2. Las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos.
3. La violencia, las amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido.
4. Los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa, lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento.
5. La aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario.
6. Las penas de violencia física extrema como las lesiones graves, mutilaciones, etcétera.

Sobre la cuestión relativa a quién debe decidir si, al menos, uno de los derechos fundamentales ha sido violado (debido al contenido mismo del derecho consuetudinario o por los actos imputados al rondero), en el acuerdo se estatuye que se trata de un control externo a la comunidad campesina o nativa y que está a cargo del órgano de la justicia penal ordinaria competente para conocer el caso, el cual impondrá la sanción correspondiente.

Asimismo, se establecen criterios para la aplicación de las circunstancias que excluyen los elementos del delito, con mención expresa de los comportamientos más frecuentemente imputados a los ronderos:

1. La tipicidad del hecho imputado con respecto a la norma de derecho consuetudinario invocada puede desaparecer mediante una interpretación de sus elementos normativos de acuerdo a criterios constitucionales. De acuerdo con lo establecido inicialmente, se afirma que no puede calificarse de usurpación de autoridad el imponer una pena, por ejemplo, porque las rondas son autoridades comunales que ejercen el fuero jurisdiccional; y tampoco secuestro, porque están autorizadas para detener personas en el ejercicio de este fuero.

Varios problemas pueden presentarse; por ejemplo, que las autoridades comunales y los ronderos no estén de acuerdo o que no haya regla consuetudinaria que prevea la detención en el caso concreto. La amplitud de criterio, basado en presunciones favorables a la rondas, también es deficiente en cuanto se afirma que estas no actúan con fines de lucro o para obtener beneficios ilegales, de donde se concluye que no incurrir, en consecuencia, en las «circunstancias agravantes o de integración criminal (arts. 186, pf. 2, inc. 1, y 317 CP)». El mismo problema se presenta cuando se sostiene que no pueden constituirse en grupo delictuoso, ya que si bien su creación es legal, pueden devenir en un ente ilegal.

2. El hecho típico puede ser justificado invocando el ejercicio de un derecho, que debe estar previsto en el derecho consuetudinario. El requisito de proporcionalidad debe ser determinado comparando el derecho a la identidad cultural con los otros derechos. Los intereses de más alta jerarquía prevalecen siempre. Es decisivo que el núcleo esencial de los derechos fundamentales no sea vulnerado. La presencia de toda otra eximente debe precisarse considerando el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado.
3. El aspecto subjetivo de la imputación puede ser afectado por los patrones o elementos culturales del rondero («vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad»), lo que puede determinar, según los casos:
 - a. La impunidad del rondero.
 - b. La atenuación de la pena.
 - c. La consideración de irrelevancia.

Debido a su patrón cultural, el agente (rondero) puede actuar:

1. Sin dolo —error de tipo— al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico.
2. Por error de prohibición, porque desconoce la ilicitud de su comportamiento; esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva.
3. Sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión.

Estas últimas indicaciones son restringidas mediante las afirmaciones siguientes: «Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia —aunque no imposible ni inusitado— los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del art. 15 CP».

Los ronderos, «como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad “oficial” como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona».

Si no se exime de pena al procesado, hay que apreciar si procede atenuar la pena por no darse plenamente una de las circunstancias justificantes o de no culpabilidad. La individualización de la pena, a su vez, debe hacerse teniendo en cuenta la cultura del autor responsable.

A pesar del esfuerzo realizado para ordenar y sistematizar las directivas interpretativas establecidas en el Acuerdo de las Salas Penales de la Corte Suprema, no hemos llegado a esclarecer y precisar los criterios que los jueces de todos los niveles deben obligatoriamente aplicar. De modo que la «doctrina legal» que se ha tratado de establecer será seguida con dificultad y no cumplirá la función de eliminar o disminuir sensiblemente los problemas de interpretación y aplicación de la ley penal en casos de diferencias culturales de los agentes. La deficiencia está condicionada por la concepción misma de las «sentencias o acuerdos vinculantes» en la medida en que sus afirmaciones tienen la pretensión de constituir la única y obligatoria interpretación; esto significa olvidar en qué consiste la interpretación (no otra cosa es la doctrina), proceso lógico y axiológico que siempre llega a otorgar dos o más sentidos al texto legal. Asimismo, se debe tener en cuenta que no puede exigirse que esas directivas sean seguidas automáticamente, pues ellas mismas deben ser interpretadas y, por lo tanto, no siempre serán comprendidas en un mismo y único sentido.

V. REFORMA PENAL EN SUIZA

En Suiza, ante el aumento de inmigrantes fuertemente impregnados de sus orígenes culturales, se plantea cada vez más la cuestión de saber si es necesario aplicarles estrictamente la legislación penal vigente. El criterio predominante es el que expresó Cornelius Nestler-Tremel⁸⁸ con respecto a Alemania: «el derecho penal alemán es el único vigente, aún para los extranjeros».

El Tribunal Federal y la doctrina suizas han recurrido, con frecuencia, a la noción de error sobre la ilicitud para responder a dicha cuestión. Las diferencias culturales son tomadas en consideración para individualizar la pena o apreciar ciertas circunstancias específicas a algunas infracciones. Los jueces federales⁸⁹ aprecian así criterios éticos para calificar, por ejemplo, de asesinato un homicidio simple, por lo que hay que reconocer⁹⁰ qué circunstancias culturales son claramente expresadas en el caso de este homicidio agravado. Se trata de aspectos relacionados con la culpabilidad, la cual es siempre condicionada por normas éticas o sociales, en la medida en que su contenido depende de la concepción social existente en una sociedad determinada⁹¹.

El art. 21 CP suizo prevé el error sobre la ilicitud (*Verbotsirrtum*)⁹². Según esta disposición, obra sin culpabilidad quien no sabe ni puede saber que su comportamiento es ilícito. Si el error es evitable, la culpabilidad es disminuida y la pena debe ser atenuada. Los jueces federales suizos, aun estando vigente el art. 20, similar al actual 21, afirmaron que se trata de todos los casos en los que el autor carece de conciencia de que actúa contrariamente al derecho⁹³.

El error sobre la ilicitud, concebido como la falsa apreciación jurídica de una realidad conocida, se basa en la constatación de que el autor ignora la ley o cree equivocadamente que actúa conforme a una causa de justificación.

El punto de partida es la afirmación de que toda persona integrada socialmente tiene la posibilidad de saber si el acto que desea realizar respeta el orden jurídico o de informarse debidamente al respecto. Es decir, toda persona integrada socialmente es capaz de apreciar, por un lado, si su acto puede perjudicar a un tercero y, por otro, si el orden jurídico autoriza dicho acto o tolera sus consecuencias.

En esta perspectiva, los jueces federales han afirmado que el error sobre la ilicitud permite excusar al autor cuando su error proviene de «circunstancias

88 Nestler-Tremel, 1986, p. 408.

89 ATF 115 IV 8; ATF 127 IV 14.

90 Hassemmer, 1971, p. 627.

91 Egeter, 2000, p. 14.

92 Hurtado Pozo, 2005, pp. 303 y ss.

93 Hurtado Pozo, 2005, p. 303.

que hubieran inducido en error toda persona concienzuda»⁹⁴. El agente puede tener dificultades en reconocer el carácter ilícito de su comportamiento en tanto este reconocimiento está relacionado con apreciaciones de valor y jurídicas de su cultura de origen; sin embargo, los jueces federales han establecido criterios bastante estrictos que restringen considerablemente el dominio de aplicación del error sobre la ilicitud.

El error inevitable excluye la culpabilidad y, por lo tanto, el juez debe absolver al prevenido. Al contrario, si el error es evitable, la culpabilidad es solo atenuada y, en consecuencia, el juez solo puede atenuar la pena.

Los jueces federales han considerado repetidamente las diferencias culturales al considerar individualizar la pena. En relación con esta cuestión, se planteó una iniciativa proponiendo que se establezca una regla relativa a las diferencias culturales.

A la ocasión de los trabajos de revisión de la parte general del Código Penal, en un Anteproyecto de 1993, sus autores habían propuesto prever una nueva circunstancia atenuante. Así, según el art. 50, lit. d, de este Anteproyecto, «el juez atenúa la pena, [...] si las circunstancias personales o el origen extranjero del autor le han dificultado excepcionalmente comportarse conforme a derecho».

En la exposición de motivos del Anteproyecto, se justificaba la propuesta afirmando que «el juez debería tener la posibilidad de atenuar la pena considerando las graves carencias de socialización o también los desajustes, que provienen del medio social o étnico en el que el autor ha crecido, por ejemplo cuando las concepciones del honor individual o familiar están sólidamente implantadas. Esto debería constituir la carencia más flagrante, habitualmente, en nuestro contexto, de modo que, al aplicar el art. 49, pf. 2 [razones de atenuación de la pena], no va poder tener en cuenta, suficientemente, los límites ordinarios de la pena».

Esta proposición fue ampliamente rechazada por casi la totalidad de los participantes en el proceso de consulta del Anteproyecto. Inicialmente, se explicó que era superflua dicha regla, ya que los antecedentes personales y el origen extranjero del autor debían ser tomados en cuenta en el momento de establecer su culpabilidad o de imponerle una pena. Se sostuvo enseguida, sin embargo, que era indispensable salvaguardar la preeminencia del Código Penal en la medida en que este código, «como código de comportamiento mínimo, sufriría una grave ruptura si se considerara el contexto sociocultural del autor como circunstancia atenuante de la pena». Además, se sostuvo que en particular, se trata de «impedir

94 ATF 75 IV 153/JdT 1950 IV 26; ATF 93 IV 124; ATF 98 IV 51/JdT 1972 IV 147; ATF 98 IV 303/JdT 1973 IV 143; ATF 104 IV 184/JdT 1980 IV 10.

una Justicia a dos velocidades»⁹⁵. Por último, se afirmó que dar al juez la libertad de apreciar circunstancias separadas de atenuación de la pena conduciría a favorecer a los extranjeros de manera injusta en principio, por lo que se sostiene que se debería también desarrollar para quienes permanecen en Suiza⁹⁶.

Otros argumentos más específicos se referían a la comisión de ciertas infracciones o a la personalidad particular del autor. En cuanto a esta última circunstancia, se dijo que «un delincuente formado de manera “fundamentalista”, obtendría sin duda una atenuación de la pena sin ninguna otra pretensión, lo que era poco previsible; aunque el mismo delincuente, si hubiere cometido el acto en su país de origen, se vería confrontado a una opinión conminatoria, la cual es generalmente mucho más rigurosa que los establecidos siguiendo el CP suizo. Si la comisión de un acto punible en su país de origen no acarrea sin embargo una sanción, esto no tiene nada que hacer con la ausencia de prohibición, o respectivamente ausencia de amenaza de castigo, sino más bien con la represión de la persecución penal»⁹⁷.

A propósito de la comisión de ciertas infracciones, se destacó que «el dominio de aplicación es ampliado a todos los delitos violentos —en especial contra las mujeres— [...] la tolerancia hacia los demás y los extranjeros es cierto un elemento fundamental. Pero, si los derechos humanos pudieran ser violados, si la libertad personal de las mujeres no les fuera reconocida o su integridad corporal fuera masivamente violada, la protección de estas mujeres debería ser de absoluta prioridad»⁹⁸.

De lo expuesto, se deduce que la posición de los participantes en la consulta parte del presupuesto de que el CP suizo es un código de conductas básicas, fundado sobre las costumbres comunes a toda la sociedad suiza. Esta última es vista como fundamentalmente homogénea con respecto a los valores políticos, éticos, económicos y culturales, que además son conformes a los derechos humanos.

Este contexto explica el rechazo a aplicar la ley penal en función de los orígenes culturales de los autores de infracciones. La ley penal suiza debe ser aplicada de la misma manera a los suizos y a los extranjeros, sin consideración porque estos últimos pertenecen a grupos cuyos patrones culturales de comportamiento difieren de los predominantes en Suiza. Este criterio refleja la idea de que los extranjeros son capaces de someterse al orden penal establecido en el Código Penal debido a que sus propias normas de comportamiento respetan este mismo límite, que no es otro que el determinado por los derechos humanos.

95 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Cantón de Zürich, p. 519.

96 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Cantón de Aargau, p. 534.

97 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Cantón de Glarus, p. 531.

98 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Cantón de Fribourg, p. 539.

Acordar excepciones sobre la base de los orígenes de los acusados, favoreciendo la absolución o la atenuación de la pena, comportaría una violación grave del principio de igualdad de las personas en y ante la ley, inclusive un perjuicio grave contra los suizos. Esto daría lugar a la instauración de una «justicia de clase»⁹⁹. Además, la admisión de una circunstancia atenuante relativa a los orígenes de los procesados tendría más bien consecuencias no deseadas; por ejemplo, un carácter racista, en la medida en que su admisión supondría la incapacidad personal de adecuar sus actos al código de comportamiento suizo mínimo¹⁰⁰. La desventaja sería agravada porque los prevenidos extranjeros percibirían la absolución o atenuación de la pena como una incitación a no asimilar los valores fundamentales o una invitación a no respetar la ley vigente en Suiza¹⁰¹. En cuanto a esto último, hay que señalar que las excepciones indicadas han sido, igualmente, criticadas como una violación del principio de la territorialidad, según el cual la ley penal es aplicable a todo acto reputado cometido en Suiza.

En el ámbito estrictamente penal, los argumentos contra la toma en consideración de los orígenes de los procesados son de orden técnico o de política criminal. Se ha destacado a propósito del primer argumento que esta circunstancia ya está integrada en la regla general relativa a la individualización de la pena (art. 47 CP suizo)¹⁰². Efectivamente, esta disposición exige que el juez tenga en cuenta los «antecedentes y la situación personal, así como el efecto de la pena sobre la vida del delincuente». Así, la «responsabilidad es determinada por la gravedad del perjuicio o la amenaza al interés jurídicamente protegido, según el carácter reprehensible del acto, las motivaciones y los objetivos del delincuente, así como en función de la posibilidad del autor de evitar la situación peligrosa o de perjuicio, según las circunstancias internas y externas». Esto daría lugar, indebidamente, a una doble atenuación de la pena en razón a la misma circunstancia personal. Esta crítica es además reforzada subrayando el hecho de que esta circunstancia atenuante es ya considerada para fijar la culpabilidad del autor.

En la perspectiva de la política criminal, los críticos han sido fuertemente influenciados por la preocupación de debilitar la reacción contra ciertas formas de delincuencia graves: terrorismo, tráfico de estupefacientes, violencia contra las mujeres y los niños, infracciones sexuales, trata de personas, etcétera. Cuando los autores son extranjeros, estos crímenes estarían motivados por factores culturales; así, se han destacado las relaciones entre las «concepciones fundamentalistas» de los terroristas, los crímenes de honor de la familia o del grupo de los homicidios

99 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Canton de Zurich, p. 519.

100 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Canton de Fribourg, p. 539.

101 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Canton de Fribourg, p. 539.

102 Hurtado Pozo, 2005, pp. 489 y ss.

y malos tratos de las mujeres, y el espíritu técnico de los participantes en redes de tráfico de drogas o trata de personas.

La atenuación de la pena tomando en consideración los orígenes de los autores de estos crímenes es percibida, por un lado, como un privilegio indebido y, por otro, como un desprecio de las víctimas. Al respecto, se ha relevado la inoportunidad del ejemplo citado en la exposición de motivos del Anteproyecto de 1993, relativo a las «concepciones sólidamente enraizadas del honor individual o familiar», pues estas concepciones conducen, generalmente, a la comisión de crímenes de honor (venganza) en detrimento sobre todo de las mujeres.

En el caso de juzgamiento de crímenes cometidos por estas motivaciones culturales, el mantenimiento de las reglas y criterios tradicionales no descarta las dificultades presentes. La existencia de estos crímenes es, en principio, admitida en la práctica; por el contrario, el recurso a excusas de orden cultural para defender a los responsables de estas infracciones es muy restringido. Se excluye, por ejemplo, la invocación de aspectos culturales para justificar un comportamiento conforme a un tipo legal. Son admitidos restrictivamente en la determinación de la culpabilidad y, por lo tanto, en la individualización de la pena.

El modelo suizo es, esencialmente, adoptado por un sistema social homogéneo. Es menos apropiado, evidentemente, para las sociedades muy marcadas por diferencias sociales y culturales profundas. Sin embargo, el sistema europeo en general —y en particular el suizo—, estará cada vez más confrontado con las diferencias culturales debido a la constante inmigración de personas provenientes de regiones culturalmente alejadas a la cultura europea.

VI. CONCLUSIÓN

En una perspectiva general, podemos establecer algunas conclusiones.

Para empezar, la crisis del Estado-nación, debido a la estrecha relación entre identidad y pertenencia a una cultura determinada, ha demostrado que la unidad nacional no es incompatible con el reconocimiento de la diversidad cultural.

El respeto de las culturas refuerza el sentimiento de participar en el desarrollo del Estado en la medida en que no implica tratar de conservar culturas estáticas y practicar comportamientos que violan los derechos fundamentales. Esto supone garantizar la libertad cultural en tanto derecho fundamental.

Una política favorable a la diversidad cultural refuerza la libertad religiosa, la pluralidad de lenguas, el pluralismo de sistemas legales y el trato tolerante y comprensivo culturalmente de las migraciones masivas. Todo lo anteriormente enumerado comporta crear un contexto social y político favorable para el desarrollo integral de las personas y, por tanto, para el fortalecimiento del Estado de derecho.

La exigencia en favor del pluralismo jurídico busca rechazar la exclusión de grupos culturales diversos del sistema judicial oficial, lo que hace muy difícil o imposible el acceso a la justicia. Esta situación discriminadora puede ser atenuada, sino eliminada del todo, mediante el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a las autoridades tradicionales de los grupos nativos y, por lo tanto, del derecho consuetudinario correspondiente. Este derecho no debe ser considerado como invariable y «milenario», ya que es el producto de una larga evolución social e histórica. Tampoco debe ser considerado como absoluto, ya que el límite esencial de todo sistema jurídico es el respeto estricto por los derechos humanos. Este límite debe ser apreciado a través de un proceso intercultural que supone el respeto mutuo entre las culturas coexistentes.

Con respecto a la problemática peruana, hay que subrayar algunos aspectos.

Para empezar, la diferencia entre el país legal y el país real es enorme y se refleja en la manera como se ha afrontado el problema de la pluralidad cultural de la sociedad y, en particular, el de la aplicación de un derecho, considerado como único y común a todos, a poblaciones con culturas diferentes.

La debilidad del aparato estatal y su falta de presencia efectiva han determinado que, cada vez más, se ponga en evidencia y se acentúe dicha diferencia. En la medida en que se han ido estableciendo, constitucional y legislativamente, medidas para reconocer y gestionar mejor las diferencias culturales, se han acentuado en la práctica las diferencias sociales, económicas, políticas y jurídicas.

Las instituciones políticas y judiciales no cumplen debidamente con sus funciones. El Ejecutivo, por ejemplo, no logra consolidar un sistema administrativo y de control social en todo el territorio nacional. El Parlamento no consigue legislar según un programa racional y coherente con las necesidades del país. Finalmente, la administración de justicia, deficientemente organizada y sin los recursos tanto materiales como personales necesarios, no logra con frecuencia afrontar, de manera ilustrada y equitativa, los diversos conflictos personales y sociales que plantean los asuntos sometidos a su jurisdicción.

La falta de real y efectiva cobertura por parte de los órganos y personal encargado de la seguridad pública hace surgir la necesidad de que los particulares se organicen para protegerse y amparar sus bienes. Este es el caso de las rondas campesinas o de otros grupos de autoprotección que el Estado tuvo que tratar como un hecho consumado y que, posteriormente, buscó controlar e insertar en el sistema de control. De esta manera, por ejemplo, se les utilizó para combatir la subversión armada y, asimismo, se ha regulado legislativamente su formación, funcionamiento y finalidad. Sin embargo, esto no ha impedido la multiplicación de estos grupos de defensa y, en algunos casos, como el de las comunidades campesinas, del autogobierno. Ello ha originado que, por una falta de organización

y coordinación, el sistema oficial de control y el paralelo asumido por dichos grupos sociales entren en conflicto.

De esta manera, se crean las condiciones para que se desvirtúe la intervención de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema político y social, la cual es indispensable para consolidar un Estado democrático, pluralista y social. Así, prolifera la práctica de una «justicia de propia mano» que, por los excesos en los que se incurre muchas veces, contradice las bases fundamentales establecidas en la Constitución. También se crea la posibilidad de que dichas agrupaciones sean utilizadas tanto por órganos estatales (grupos paramilitares) o por organizaciones delictivas (por ejemplo, como se ha hecho público, por traficantes de drogas).

En este contexto tenso, violento y afectado por la corrupción, los órganos judiciales no han estado a la altura requerida, al menos al tratar de establecer criterios jurisprudenciales para colmar las deficiencias y los vacíos tanto del sistema de control como del sistema legislativo. Una muestra patente es la manera como han reaccionado, sobre todo en el ámbito de la Corte Suprema, ante los conflictos surgidos por el juzgamiento y condena de miembros de grupos de defensa, en particular ronderos, como responsables de comportamientos calificados, por un lado, como delitos por los jueces y, por otro, como actos conformes al derecho consuetudinario por las comunidades. Estos conflictos han desembocado, algunas veces, en el enfrentamiento entre comuneros y fuerzas policiales y militares, todo lo cual crea un ambiente de presión sobre los órganos judiciales, hayan o no resuelto correcta y justamente el caso *sub iudice*.

En relación con esta situación, es oportuno recordar que aun especialistas, favorables tanto a jurisdicciones aborígenes como a sus procedimientos, llaman la atención sobre los peligros que existen. Así, John Gitlitz indica —refiriéndose a su experiencia— como forma de violencia en los procesos de «arreglo» en las comunidades, la que se presenta en la etapa de la investigación y que resulta más grave que el propio castigo. Luego dice, por un lado, que se dio cuenta posteriormente de «que los ronderos llamaban investigación a una situación distinta a la que creía yo: había un problema lingüístico. Lo que sucede es que, para que haya arreglo, las partes deben aceptar su responsabilidad y si son renuentes a hacerlo, como ocurrió en el segundo caso, le pueden seguir golpeando, no por la falta que originalmente cometió, sino porque se está enfrentando a la dignidad de la comunidad».

Por otro lado, afirma: «Mi conclusión es una tremenda ambivalencia, yo creo que la justicia rondera es buena. En la mayoría de los casos, no solamente buena, sino excelente, además necesaria». Estas reflexiones lo llevan a cuestionarse acerca de sus convicciones. Por ello, afirma que aunque «de vez en cuando haga justicia mal, está haciendo justicia y eso vale. Esto hace pensar y repensar mis valores, y ver cómo vivo mi propia experiencia».

Sin dejar de repetir que la solución no es jurídica o judicial y la represión penal no es la respuesta adecuada, hay que subrayar que la declaración de la nulidad de sentencias en las que se ha condenado a miembros de dichos grupos de defensa solo puede ser un aporte positivo en la medida en que sean la ocasión para establecer pautas jurisdiccionales conformes con los principios constitucionales, las categorías penales y el respeto por la pluralidad cultural. Las actitudes de la Corte Suprema han sido insuficientes porque, por un lado, como Poder del Estado, no ha considerado con transparencia el aspecto político y social de los sucesos que dieron origen a la intervención de los jueces de instancias inferiores y, por otro, por la manera insuficiente como ha tratado el aspecto penal.

Esta solución ha cambiado relativamente en la medida en que los jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema se han puesto de acuerdo para fijar reglas relativas a la reacción penal frente a las actividades de las llamadas rondas campesinas. Si sus directivas son sobre todo de índole legal y doctrinal, también expresan una concepción política y judicial relativa a los problemas sociales, al reconocimiento de la diversidad cultural y del derecho consuetudinario.