

DERECHO PENAL Y DIFERENCIAS CULTURALES: PERSPECTIVA GENERAL CON RESPECTO A LA SITUACIÓN EN EL PERÚ

JOSÉ HURTADO POZO Y JOSEPH DU PUIT

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Aspecto histórico. 1. Colonia. 2. Inicios de la República. 3. Formación del Estado republicano. 4. Evolución del Estado en el siglo xx y códigos penales de 1924 y 1991. **III.** Algunos aspectos fundamentales. 1. Reflexiones sobre la noción de cultura. 2. Derecho consuetudinario de las comunidades. 3. Ciudadanía y obediencia al derecho. 4. Nación y pueblos. **IV.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la aplicación de la legislación penal a personas que han actuado conforme a sus pautas culturales particulares se ha centrado, por un lado, en la situación de los miembros de poblaciones andinas y de la Amazonía, y, por otro, se ha desarrollado en el marco de categorías dogmáticas como las de incapacidad de culpabilidad o de ausencia de culpabilidad por error de prohibición. Si bien, de esta manera, no se ha dejado de considerar aspectos previos como los de cultura, Estado-nación, integración, pluralismo jurídico, globalización y derecho consuetudinario, sí se ha omitido analizarlos con la profundidad necesaria en cuanto son presupuestos que condicionan y esclarecen el problema en cuestión.

Como una modesta contribución a superar esta deficiencia, vamos a exponer algunas reflexiones con el afán, más que de señalar rutas, de dar respuestas definitivas a los diversos problemas que se plantean. A partir de una sucinta referencia al contexto global, nos limitaremos, sobre todo, a plantear la situación en el Perú, que no es tan distinta a la de otros países del Tercer Mundo, especialmente latinoamericanos.

Las limitaciones de la perspectiva inicialmente indicada son debidas, entre otras razones, a que no se tiene muy en cuenta que se trata de un problema político y no meramente jurídico. De allí, la importancia capital del debate sobre cómo, en la Constitución, se ha 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. La cuestión penal señalada no es, por lo tanto, sino un aspecto mínimo de una problemática más compleja y amplia. Las soluciones dogmáticas propuestas no resuelven el problema de fondo; solo constituyen un paliativo a la discriminación injusta con que se trata a diversos sectores de la población.

II. ASPECTO HISTÓRICO

1. Colonia

El carácter multicultural de la sociedad peruana, como la de casi todas las demás, es el resultado de un largo proceso, que es, actualmente, designado con el término de «globalización». Este ha consistido en el progresivo apoderamiento de zonas geográficas debido al desarrollo y expansión europeos. Así, a partir del siglo xv, mediante los «descubrimientos» de regiones aún desconocidas por los europeos, las tierras que serán llamadas América devienen una zona de conquista y colonización, de transformación y aun de liquidación de las diversas sociedades nativas. Los imperios coloniales imponen sus sistemas políticos, económicos y culturales a los aborígenes, a los que incorporan 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 europeos.

En el caso peruano, la conquista española significó la interrupción del desarrollo independiente de la sociedad y el Estado incas. Esto implicó la profunda modificación de las relaciones sociales y políticas nativas en el sentido de 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.

Para mejor comprender esta etapa crucial de incorporación de América al sistema mundial, debe recordarse la etapa en que se encontraba la organización social y política de la península ibérica. En el período 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,¹ 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 1492,² la primera concedió a Cristóbal Colón amplias concesiones, muy semejantes a las cesiones feudales. Sin embargo, la Corona cuidó en conservar su autoridad sobre las operaciones y establecer reglas estrictas acerca de la organización y el desenvolvimiento de las múltiples expediciones. De ese 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».³ A los conquistadores, en reconocimiento de 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 sus pobladores en la estructura total del imperio hispano,⁴ 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 y sometidos, por ejemplo, al tributo e impedía que devinieran en sujetos sometidos 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 que los indios eran seres libres e iguales⁵ a los vasallos europeos. La respuesta afirmativa de la Corona estuvo inspirada tanto por razones humanitarias como por intereses políticos concretos⁶ 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).

1 Pietschmann 1989: 50.

2 *Ib.*: 12.

3 *Ib.*: 35.

4 Gibson 1990: 160.

5 Pietschmann 1989: 35.

6 Sobre las diferentes políticas respecto a los indígenas, cf. Marzal 1986: 43; Pietschmann 1989: 96.

Así, los aborígenes fueron, entonces, 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 de Occidente: el idioma, la escritura y la tecnología.⁷

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.

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 este sentido, el Consejo de Indias, en su memoria de 1533, afirmaba que: «[...] a los caciques por quienes los yndios se solían gobernar no se les debe quitar enteramente la superioridad que sobre ellos han tenido antes se les debe proceder que puedan propeler a los yndios a que trabajen sus haciendas y que no viban ociosamente y se les debe dar alguna manera de jurisdicción y gobierno sobre dichos yndios» [sic].⁸ 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» y que, en cada barrio, gobierna «[...] un principal o dos que los rige y entienden en cobrar lo que les reparte» [sic].⁹ La conservación del señorío indígena (gobierno local) se justificaba, por un lado, para evitar el señorío de los conquistadores y, por otro, por la facilidad que daba para cobrar 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. Esta debe ser comprendida en relación con la idea medieval que inspiraba a los monarcas españoles, según la cual el vivir sin policía era «vivir como un animal, sin Dios, ni ley».¹⁰ Por tanto, era indispensable promover la república entre los indios, por la que se entendía la vida urbana, política y ordenada. Al respecto, se afirma que

7 Cf. Hernández 1991.

8 AGI, Patronato, leg. 183, n.º 2, p. 10, citado en Bonilla 1984: 25.

9 Cuevas 1914: 184, citado en Bonilla 1984: 25.

10 Mörner s. a.: 8.

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»¹¹ 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».¹²

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 sociales.¹³

La legislación en la que se establecían los derechos de los indios fue elaborada en la óptica 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 dieron como consecuencia una sociedad de castas basada, primero, en la distinción étnica y, luego, en la diferenciación cultural.¹⁴

Durante la Colonia, las leyes elaboradas por España para gobernar sus vastos dominios estuvieron condicionadas por el contexto descrito. Muchas de las ordenanzas fueron estatuidas para proteger a los indios y regular la conducta de los españoles. 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), en su introducción, decían que los indios son «[...] naturalmente inclinados a la haraganería y al vicio» y «[...] 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 pulicía” (es decir, en buen orden) a la población de sus colonias».¹⁵

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

11 Mörner 1971: 8.

12 Bonilla 1984: 32.

13 Bravo Bresani 1970: 93.

14 Pease 1993: II, 289.

15 Pease 1993: II, 289. Sobre europeización e identificación, cf. Pietschmann 1989: 84 y s(s).

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, se encuentran 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) o la «De los vagabundos y gitanos» y «De los mulatos, negros, barberiscos 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». 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. Además, junto a este derecho, se aplicó el derecho castellano, por lo que las Siete Partidas fueron las normas más frecuentemente utilizadas. De ese modo, la sociedad colonial fue fuertemente marcada por el derecho vigente en la metrópoli.

La condición de vasallos libres y las medidas de protección establecidas en las leyes no fueron efectivas. Los esfuerzos por crear una «ciudadanía» homogénea solo significaron la cristianización como factor de uniformidad cultural.¹⁶ Los intereses tanto de la Corona como de los colonizadores impusieron, en la práctica,

16 Pietschmann 1989: 86.

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».¹⁷

Así, se produjo el fenómeno de la imposición de pautas sociales, jurídicas y económicas por parte de los colonizadores a los pueblos sometidos. Este hecho no es, sin embargo, unilateral, pues también implica un acondicionamiento de sus propias pautas a las del nuevo medio físico y social, de manera que ambos mundos culturales se interrelacionan. 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 hispana.¹⁸ 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 ciertas formas primigenias (el *servinacuy*); las creencias religiosas originarias superviven travestidas en el culto católico; y el *runa simi* (quechua) y el aymara, 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, los primeros llegan a rehacer, aun dominados y subordinados, un mundo que les 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

17 González Galván 1995: 93

18 Florescano 2001: 158.

encontró eco posteriormente en la legislación de las repúblicas independientes. La impronta hispánica es el resultado de la imposición y aplicación del derecho español durante la Colonia.

2. Inicios de la República

El proceso de adaptación y supervivencia de los pueblos nativos estuvo, sin embargo, 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 estos movimientos hubiera podido dar lugar a la instauración de un sistema social y político basado en las poblaciones nativas. 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 conciencia¹⁹ política y social 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 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 XIX,²⁰ 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 1812,²¹ en la que se reconocieron 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 Atlántico.²²

19 Rodríguez 1998: 28; Florescano 2001: 172.

20 Lohmann 1984: 15 y s(s.); Rodríguez/Jaime 2002: 99 y s(s).

21 Rodríguez 1998: 118-119.

22 Paniagua 2003: 115 y s(s).

Los españoles, criollos y mestizos de América se enfrentaron, entonces, sobre 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).²³ Un gran número de estos prefería conservar el régimen español.

El movimiento emancipador fue marcado por la tendencia a la institución 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 criollos²⁴ 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 pobladores nativos, 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)²⁵ y los indígenas intervinieron, indistintamente, en favor de ambos 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 esto, 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 y la nueva República, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos. No fueron ellos los que encabezaron y llevaron adelante la emancipación, sino, más bien, los criollos y mestizos.

23 Rodríguez 1998: 210 y 214. Esta situación perduró en el Perú. Así, 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» (1968: I, 106).

24 Cf. Pease 1993: II, 279 y s(s).

25 Basadre 1968: I, 261.

3. Formación del Estado republicano

Inspirados en las mismas concepciones sajona y francesa del período de la Ilustración,²⁶ 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 contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubieran sido derogados por autoridad competente.²⁷

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 vigencia.²⁸ 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 redactores.²⁹

Uno de los aspectos esenciales fue decidir si el nuevo Estado, basado en una sola nación, debía ser una monarquía constitucional o una república liberal.³⁰ Ambas corrientes tenían en común la crítica y la negación del régimen colonial hispano, sin renegar 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.

26 Florescano 2001: 274 y s(s).; Minguet 1973: 68.

27 Reglamento provisional dictado por José de San Martín el 17 de marzo de 1821, artículo 18, citado en Anderson 1997: 80 y s(s).

28 Paniagua 2003: 41.

29 Según Basadre, en ella, «[...] está expresada, sorda al patético significado de la realidad circundante, la candorosa fe doctrinaria de los liberales» (1968: I, 66).

30 Pareja Paz Soldán s. a.: 45 y s(s).

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, debido a que 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 cómo se constituiría y estaría conformado el nuevo Estado. Esto se debió a razones ideológicas, en la medida en que concebían a las personas como entidades abstractas y titulares de los mismos derechos y obligaciones. Asimismo, porque percibían la nueva sociedad, sobre todo, como una sociedad urbana y no rural,³¹ 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. Fue, por el contrario, asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. Así, se creía que este principio liberal, como estatus «moderno», protegería a los indígenas.³² La imposición abstracta y general de este tuvo, sin embargo y debido al contexto social reinante, consecuencias negativas para los indígenas. Estas se perciben desde las primeras medidas adoptadas. Por ejemplo, admitiendo que todos sus miembros 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 miembros,³³ medida que inició el proceso de despojo de las tierras comunales y el desmantelamiento 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 Indias.³⁴ Al respecto, cabe recordar que la Corona española pretendía que, con esta legislación, los indios fueran «bien tratados, amparados y favorecidos» y que esta debía ejecutarse «sin omisión, disimulación ni tolerancia».

31 Basadre 1968: I, 243, y 261 y s(s).

32 González Galván 1995: 119.

33 Basadre 1968: I, 211; Minguet 1973: 65-66.

34 Florescano 2001: 430-431.

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 Monteagudo,³⁵ facilitó el triunfo de los partidarios de la República. La Constitución de 1823,³⁶ 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.

Respecto de la determinación de quiénes componen el pueblo³⁷ y quiénes tienen derecho a participar en la vida pública, eligiendo o siendo elegidos, la posición adoptada fue la de un reconocimiento amplió en favor de la mayor parte la población, comprendidos los indígenas, pero con la exclusión de las mujeres y los menores. Así, según el artículo 17,³⁸ tenían derechos políticos todo peruano, casado o mayor de 25 años, que sepa leer y escribir, tenga propiedad, o ejerza cualquier profesión o arte con título público, o se ocupe en alguna industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente o jornalero. La condición de ser alfabeto fue suspendida hasta 1840,³⁹ pues se esperaba que, durante ese período, 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, por estar en pleno desarrollo las guerras de la independencia, de ganarse el favor de las clases populares.

El fracaso de esta primera experiencia constitucional se explica por un complejo 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 implantar un sistema político eficaz, como el republicano en el caso peruano.

35 Gálvez 2001: 319 y s(s)., y 323-324; Pease: IV, 131.

36 Pareja Paz Soldán s. a.: 55 y s(s).; Aljovín de Losada 2001: 351 y s(s)., y 370 y s(s).

37 Minguet 1973: 64.

38 Las referencias a las disposiciones de las diversas constituciones peruanas han sido tomadas de García Belaunde/Gutiérrez Camacho 1993.

39 Pareja Paz Soldán s. a.: 54-55.

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 artículo 14 de la Constitución de 1826, salvo el referido a tener la condición de propietario. Con criterio más amplio, en el artículo 8 de la Constitución de 1839, se establece que, para ser ciudadano en ejercicio, se requiere ser casado o mayor de 25 años, pagar alguna contribución y saber leer y escribir.⁴⁰ 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 primarias».

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 1828,⁴¹ por el contrario, se declaró que son ciudadanos todos los individuos libres nacidos en el Perú y algunos extranjeros (artículo 4). Asimismo, se limitó el ejercicio de los derechos de la ciudadanía a los mayores de 21 años o casados, que no hayan sido condenados a penas infamantes, ni aceptado empleo de otra nación ni hecho tráfico de esclavos o pronunciado voto religioso (artículos 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 industria.⁴²

En la Constitución de 1856,⁴³ se regula como requisitos de la ciudadanía pasiva la nacionalidad peruana y el ser varón mayor de 21 años o casado (artículo 36). Además, se reconoce el ejercicio del sufragio popular directo a los ciudadanos que saben leer y escribir,⁴⁴ o son jefe de taller, o tienen una propiedad raíz o son retirados del servicio del ejército o la armada (artículo 37). Disposiciones semejantes fueron previstas en la Constitución de 1860 (artículos 37 y 38). Sin embargo, en noviembre de 1895, se modificó el artículo 38, semejante al artículo 37 de la Constitución de 1856, y se estableció simplemente que «gozan del derecho de

40 Esto confirma la orientación de que la escuela es el medio para transformar en ciudadanos a los miembros de las comunidades particulares para hacerlos participar de la universalidad de la ciudadanía nacional. Cf. Schnapper 2000: 155.

41 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.

42 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» (s. a.: 75-76).

43 Basadre 1968, T. II: 143.

44 Paniagua, 2003: 36.

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 (artículo 38), se reconoció el goce del derecho al sufragio popular a todos los ciudadanos en ejercicio, es decir, a todos los peruanos mayores de 21 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 negando las diferencias culturales reales que sobrevivían 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 la ciudadanía está, en principio, abierta a todas las personas sin importar sus diferencias biológicas, históricas o sociales, su objetivo político es integrarlos haciendo abstracción de las diferencias que los identifican.⁴⁵

En este primer período 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 mediante la limitación del derecho a votar. Sin embargo, la inestabilidad social y política del país impidió que los derechos implícitos a esta ciudadanía activa parcial 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 obligatorio.⁴⁶ De ese modo, fueron social y políticamente marginados y, asimismo, convertidos, como en la Colonia, en fuentes de recursos económicos para el funcionamiento del nuevo Estado.

Un claro representante de la ideología que inspiraba esta manera de percibir y comprender el denominado «problema indígena» fue García Calderón.⁴⁷ Este au-

45 Schnapper 2000: 144-145; Taylor 1994: 41-42; Kymlicka 2001: 247 y 257.

46 Cf. Bonilla 1984: 495; Basadre 1968: I, 219-220.

47 García Calderón 1907: 328.

tor 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».⁴⁸ De ello, se 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 élite 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 proyecto⁴⁹ al Congreso Extraordinario, según la cual, primero: «[...] la comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones»⁵⁰ 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». Y, por tanto, «[...] estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla, no era posible alejar nuestro proyecto de aquellas acertadas disposiciones».⁵¹

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

48 García Calderón 1907: 330.

49 Tejada 1859: III.

50 Ib.: III.

51 Ib.: III.

y económicos, correspondían únicamente al pequeño sector cuyas costumbres y valores estaban efectivamente, por su situación privilegiada, «[...] vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla», sector que constituía «el Perú español y cristiano no conquistado sino creado por la conquista»,⁵² el «vértice criollo» de la pirámide social de «base nativa».⁵³

En el Código Penal 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 futuros, que debería ser semejante, política y culturalmente, a España y no para el país real, fruto del largo período de colonización.

4. Evolución del Estado en el siglo xx y 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. En la Constitución de 1920 (artículo 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 sociales,⁵⁴ entre las que cabe mencionar, en consideración a 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» (artículo 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» (artículo 58). Esta tendencia se acentuó en la Constitución de 1933,⁵⁵ 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

52 Herrera 1929.

53 Lauer 1976: 20.

54 Basadre 1968: XIII, 41-42.

55 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» (1968: XIV, 263-264). Señalemos que solo se reconoció a las mujeres el derecho de votar en 1955 mediante la ley 12391, del 7 de septiembre.

exigen» (artículo 212).⁵⁶ 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. Destaca, en particular, el llamado indigenismo.⁵⁷ Este, a diferencia del indianismo, interés de corte romántico de los criollos y mestizos por el mundo andino, se orientó a afirmar la pervivencia de los indígenas 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.

Estos cambios se concretaron, en materia penal, en la redacción del segundo Código Penal republicano de 1924.⁵⁸ Víctor M. Maurtua, autor del proyecto, tuvo en cuenta las diferencias entre los pobladores. Con un criterio etnocentrista y, casi ya completamente superado en la época, los distinguió en civilizados (generalmente, descendientes de europeos, ciudadanos, hispanohablantes y cristianos), indígenas (semicivilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre) y salvajes (miembros de las tribus de la Amazonía). En los artículos 44 y 45 del Código, se previeron especiales medidas de seguridad, consistentes en 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

56 Sivirichi 1946.

57 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 Organización Internacional del Trabajo (OIT) iban en la misma dirección. Su Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales es, básicamente, asimilacionista e integracionista. El artículo 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» (Stavenhagen 27.04.98).

58 Hurtado Pozo 1979: 67-68.

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 al derecho penal 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 y, en particular, las costumbres 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» (artículo 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».⁵⁹

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 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 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 costumbres diferentes solo podían ser tomadas en cuenta dentro de los marcos establecidos por las diferentes categorías penales previstas en el Código (imputabilidad, intencionalidad, error de derecho, etcétera).

El movimiento indigenista ha sido desplazado por una nueva corriente, denominada frecuentemente «indignidad», 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

59 Costa 1976: 273.

comunidades. 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 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 tanto, el fundamento de los pueblos autóctonos y la base de proyectos futuros. Desde el punto de vista político, busca la autodeterminación.

En esta tercera etapa, se han confirmado normativamente los principales derechos civiles y políticos, sobre todo con la admisión del sufragio universal y, por tanto, con la eliminación de las restricciones antes establecidas, salvo la mayoría de edad (disminuida a 18 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 amplió. Así, en la Constitución de 1979, artículo 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» 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 todas las que se 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» (artículo 161). De manera expresa, se estatuyó, en el último párrafo de la disposición citada, que el Estado «respeto 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 18 años, sin otras restricciones

(artículo 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) (artículo 31, parágrafo 1). Asimismo, se establecen las mismas condiciones fijadas en la Constitución precedente para ejercer el derecho de votar (artículo 31, parágrafo 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 (artículo 2, inciso. 19). Asimismo, 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» (artículo 17, parágrafo 4).

Con respecto a la nación y al Estado, se estatuyen (artículo 48) como idiomas oficiales el castellano, el quechua, el aymara 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 (artículo 149).

En este contexto, al elaborarse el nuevo Código Penal de 1991, se consideró, de modo particular, los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal. En el artículo 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».⁶⁰

Este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso de que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces.

El resultado obtenido no ha sido el deseado. Si bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, como causa de no culpabilidad, el denominado «error de prohibición culturalmente condicionado», lo que hicieron fue prever la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre.

Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (artículo 20, inciso 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 artículo 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

60 Hurtado Pozo 1995: 160-161.

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» (artículo 14, parágrafo 2), sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños.

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 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, está tomando en consideración todo caso en que se presente este conflicto como, por ejemplo, también cuando el autor es un inmigrante foráneo, como sucede con frecuencia en Europa con los inmigrantes asiáticos, africanos o europeos del este. 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.

III. ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES

1. Reflexiones sobre la noción de cultura

Una de las primeras dificultades es comprender lo que se entiende por «cultura», admitiendo que la referencia hecha, en el artículo 15 del Código Penal, a las «costumbres» es superflua en la medida en que estas forman parte de la cultura. Plantear todas las cuestiones relativas a la noción de cultura rebasa los límites de este trabajo, por lo que nos limitaremos a destacar algunos aspectos que nos parecen interesantes en relación con el objeto de nuestro análisis.

Vale la pena recordar,⁶¹ 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 Estado-nación, se planteó un criterio diferente en Alemania, según el cual la cultura era la totalidad de manifestaciones artísticas, intelectuales

61 Cuche 2004: 11 y s(s).

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 relativista de la cultura, el cual perdura aun hasta ahora aunque en perspectivas diferentes.

El positivismo científico, en el siglo XIX, condujo al desarrollo de disciplinas como la etnología, la que abordó la cuestión de la cultura desde una perspectiva descriptiva y abandonó, así, la orientación normativa precedente, que decía lo que la cultura debía ser y no lo que era. La cultura es percibida 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 sociedad.⁶² La discusión sobre esta noción se plantea, entonces, en dos direcciones: una que reconoce una gran importancia a la diversidad, sin oponerla a la unidad esencial 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 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 numerosas ideas que tienen gran importancia para el tema que estudiamos. Por ejemplo, la que sostiene que toda cultura no es la simple yuxtaposición de manifestaciones culturales, sino una manera coherente de combinarlas, de modo que se brinde a los individuos un esquema para sus actividades de la vida cotidiana.⁶³ Esta pone de manifiesto que la personalidad del individuo no puede explicarse mediante factores biológicos, sino, más bien, culturales, en la medida en que, desde los primeros instantes de la vida, el individuo es impregnado por todo un sistema de estímulos y prohibiciones, implícitas o explícitas, de modo que, una vez adulto, actúa, inconscientemente, conforme a las pautas fundamentales de la cultura en que se ha formado. Esta idea es precisada al señalarse que la cultura no es algo preexistente, que es simplemente dado a los individuos e interiorizado por estos,

62 Tylor 1871: 1.

63 Benedict 1934: 36.

sino que es su creación continua y que la transmiten y transforman permanentemente.⁶⁴ De esto se desprende que la cultura, creación humana, es, al mismo tiempo, un elemento constitutivo y un elemento central de producción del mismo hombre.⁶⁵

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 niñas y la discriminación de la mujer, debido a que se ponen todas las pautas culturales 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 milenarista de la cultura de ciertos grupos étnicos.

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 la han mantenido en constante mutación. Este permanente y directo contacto entre grupos de personas de culturas diferentes, que causa cambios en los modelos culturales iniciales de dichos grupos, es llamado aculturación,⁶⁶ fenómeno social que no debe ser percibido como una simple pérdida, sino, más bien, como un hecho inevitable que comporta el acercamiento entre las culturas y un enriquecimiento de estas. 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 por sus miembros de la cultura de otro grupo dominante. 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 permitirá 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 cual no significa que deba considerarse que

64 Benedict 1934: 41.

65 Geertz 2001: 54.

66 Tremblay 1962: 293 y s(s).

todos los rasgos culturales, diferentes u opuestos, merecen siempre ser valorados positivamente y, por tanto, que deben ser reconocidos y conservados. En este sentido, por ejemplo, debería apreciarse la prioridad dada, en el artículo 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 culturales.⁶⁷ En cuanto a las comunidades campesinas, se les puede diferenciar en consideración a su grado de integración en 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 establecerse, por ejemplo, para resolver los casos en que el sistema oficial interviene, de oficio o de parte, para resolver un conflicto que se presenta al interior de la comunidad —comunero sancionado por autoridades comunales (conforme al derecho de la comunidad) que denuncia a estas ante las autoridades oficiales como autores de una infracción prevista en el Código Penal—.

2. Derecho consuetudinario de las comunidades

Aspecto importante es también el referido al derecho consuetudinario, expresión utilizada en el artículo 149 de la Constitución. Al respecto, no existe claridad en cuanto a lo que se hace exactamente referencia. Esto se debe a la complejidad de la realidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas, pero también a la ligereza con que se ha empleado la expresión en la norma constitucional y se sigue utilizando en general.

Ante todo, hay que recordar que el derecho, elemento esencial de la organización social, constituye un elemento básico de la cultura, tanto como la religión y la lengua. Esto explica que una de las exigencias de los sectores aborígenes sea la de organizarse y administrarse conforme a sus pautas jurídicas.

La mención general del derecho consuetudinario en la disposición constitucional, como también se suele utilizar en la doctrina y la jurisprudencia, oculta una realidad compleja y diversa, ya que el derecho consuetudinario no es uno y homogéneo. Cada comuna o grupo de comunas posee pautas de comportamiento

67 Brandt 1987: 47 y s(s).

particulares, aun cuando tengan elementos comunes o se basen en principios similares. Esta diversidad 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 en el ámbito 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.⁶⁸

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 conjunto de reglas creadas y practicadas de manera continua por los miembros de la comunidad. Este derecho es aplicable a los miembros de la comunidad y no, en principio, a los *extraneus*. Estos deben ser, cuando cometen una infracción en el territorio de la comunidad, 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 artículo 15). Si dicho comunero se refugia en su comunidad, las autoridades de esta deben entregarlo a las autoridades oficiales. Estas no deben ocuparse de los asuntos que revelan de la jurisdicción especial de las autoridades comunales, ni aplicar el derecho consuetudinario comunal para reprimir comportamientos o imponer sanciones no previstos 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 tanto, la jurisdicción de las autoridades comunales, según el artículo 149 de la Constitución, es territorial y no personal conforme se deduce del artículo 18 del Código Procesal Penal de julio de 2004, 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 artículo 149 de la Constitución».

El ejercicio de la jurisdicción de las autoridades comunales está limitado por el respeto de los derechos fundamentales. Con respecto de 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 represión del hecho de que un comunero critique las pautas de la comunidad o quiera abandonar esta última. Se trataría de un grave atentado contra la libertad. No hay que confundir este caso con que la comunidad imponga la obligación de participar en trabajos colectivos de beneficio común y considere una infracción su violación,

68 Cf. Anexo I

si esta obligación deriva de una regla consuetudinaria que es aceptada por todos los comuneros por el simple hecho de vivir en la comunidad. También el derecho consuetudinario no es conforme a los derechos fundamentales cuando estipula la imposición de castigos corporales. La segunda situación consiste en que las autoridades comunales en ejercicio de su jurisdicción especial incurren en abusos por no respetar el derecho consuetudinario, excesos que implican, a su vez, violación de derechos fundamentales; por ejemplo, reprimen comportamientos que no son considerados como dañinos por la comunidad o imponen sanciones arbitrarias.

La cuestión que se plantea es fijar de qué manera y quién debe controlar si las autoridades comunales respetan los derechos fundamentales y, en consecuencia, si la aplicación del derecho consuetudinario conlleva o no su violación, ya que 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. Por esto, el artículo 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 innumerables problemas. Así, no es del todo claro qué derechos deben ser considerados como fundamentales. Tampoco lo es el hecho de imponer que las autoridades comunales sepan cuáles son estos derechos y que los conciban de la misma manera como son comprendidos en el sistema jurídico oficial. Por ello, debería plantearse la cuestión de si por derechos culturales debe entenderse un mínimo de valores comunes a ambos sistemas culturales, los que deben ser necesariamente respetados 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. Ambas soluciones extremas van contra las corrientes actuales de reconocimiento y respeto de las diferencias culturales en un marco de debida consideración a la persona y de garantía de que disponga del contexto adecuado para desarrollar los programas de vida que escoja libremente.

3. Ciudadanía y obediencia al derecho

En la perspectiva de la 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 informados en cuanto a su sentido. Esta legislación será sentida como ajena a los valores e intereses propios y, por tanto, su legitimidad y eficacia serán debilitadas.

Asimismo, cabe interrogarse sobre la coherencia de un sistema social y político que excluye o margina 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 período colonial y, luego, por las surgidas a medida que la sociedad peruana desarrollaba sus relaciones con los nuevos centros de poder económico y político mundial.

La idea de la universalidad e igualdad de la persona ha sido progresivamente matizada teniendo en cuenta las diferencias étnicas y culturales de los diversos sectores de la población. Sin embargo, a pesar de que esta diversidad ha marcado profundamente la formación de la identidad y de la sociedad, los sectores sociales dominantes y los gobiernos no la han tomado en cuenta para superar realmente las discriminaciones que se han forjado desde la colonización.

Asimismo, las restricciones discriminatorias al derecho de participar en la vida pública han sido eliminadas y han dejado, así, de tenerse en cuenta razones relativas a la capacidad económica, al grado de instrucción y al sexo. De esta manera, 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. El hecho de haberse centrado la atención, 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 Marshall⁶⁹ 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 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 sociedad,⁷⁰ la que supone la institucionalización, el respeto y el ejercicio efectivos de los derechos fundamentales, sociales y políticos. Por

69 Marshall 1976.

70 González Galván 1995: 130; Neves 1999: 126.

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 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 nivel.⁷¹

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. Prevalcen, entonces, relaciones de subciudadanos y de superciudadanos destructoras de la identidad del sistema jurídico.⁷² Una de las graves consecuencias es que los límites entre lo que es legal o ilegal,⁷³ 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 simbólico⁷⁴ que oculta una situación injusta y antidemocrática.

4. 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

71 González Galván 1995: 130.

72 González Galván habla de ciudadano subintegrado y de superciudadano (1995: 130). Neves se refiere a relaciones de «*sous-citoyenneté et de sur-citoyenneté destructrices de l'identité du système juridique*» (1999: 136).

73 Neves 1999: 135-136.

74 Neves 1999: 122.

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 hacer valer la herencia indivisible que se ha recibido» y que la existencia de una nación es un plebiscito cotidiano. Mientras, según la concepción alemana, los factores determinantes son el pueblo y la lengua.

La idea gala se materializó jurídicamente en la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. En su artículo 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 esta expresamente». De ese 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 era 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 como una entidad política soberana y culturalmente homogénea en cuanto a la lengua y a la religión,⁷⁵ el cual, legitimado en el derecho de los pueblos a la libre determinación, se impone, en el siglo XX, como el titular soberano 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 volvemos a pensar 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 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 reli-

75 Hastings 2000: 14.

gioso. Esta actividad fue continuada a lo largo de la República, en la que se creó, mediante la utilización de las instituciones, símbolos y festividades, una versión histórica que permitiera constituir una comunidad que sea fundamento del Estado. En esta labor, la educación fue un instrumento importante en la medida en que se consideraba que si todos reciben la misma educación, tendrán las mismas ideas y métodos para convivir en comunidad y, así, se consolidaría 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»,⁷⁶ 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 social.⁷⁷ 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 tanto, a quiénes deben ser reconocidos 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 a los pueblos, en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica que perteneció al país en la época de la conquista o 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 (artículo 1, inciso 1, literal b). En función a la presencia de estos factores, se reconoce a determinados grupos humanos la condición de pueblos.

76 Anderson 1997: 80 y s(s).

77 Florescano 2001: 443.

El hecho de que, en el período 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, fue 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 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 que, respecto de la pluralidad cultural, se trata del reconocimiento de culturas y derechos milenarios o ancestrales. La promoción de los pueblos y, por 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 derechos colectivos de los pueblos en detrimento, muchas veces, de los derechos de los individuos que los constituyen.

IV. CONCLUSIÓN

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, en la práctica, se han acentuado 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. La administración de justicia, desorganizada y sin los recursos tanto materiales como personales necesarios, no afronta, 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 afrontar 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, de 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 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 colmatar 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 de 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 existe. 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. Así, 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».

La actitud de la administración judicial es doblemente insuficiente: primero, por no actuar políticamente en defensa de sus fueros en función de constituir uno de los poderes del Estado; segundo, por la manera deficiente como, limitándonos solo al ámbito penal, ha interpretado y aplicado las disposiciones tanto constitucionales (artículo 149 de la Constitución) como legales (artículo 15 del Código Penal). 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 sentencias⁷⁸ en las que se ha condenado a miembros de dichos grupos de defensa solo pueden 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 de la pluralidad cultural. Esto no se hace en nuestro medio, como se percibe, al menos parcialmente, a partir de las sentencias publicadas como anexos de este volumen. Si bien pueden aparecer como adecuadas para desactivar el conflicto social existente, a la larga, refuerzan las confusiones e incoherencias (jurídicas, políticas y administrativas) reinantes y resultan contraproducentes para las justas reivindicaciones de sectores sociales por sus derechos políticos y culturales.

78 du Puit 2006: 313 y s(s).