

## EL INDÍGENA ANTE EL DERECHO PENAL: CASO PERUANO<sup>1</sup>

José Hurtado Pozo

**(p. 29) SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Conflicto cultural y conquista española. 3. Imposición del derecho español. 4. Recepción del derecho foráneo en la República. 5. Movimientos indígenas y reforma del derecho. 6. Reforma penal de 1993: imputabilidad por razones culturales. 7. A manera de conclusión. 8. Bibliografía.

### 1. Introducción

¿Por qué hablar de indígenas y no de indios o de aborígenes? Dos razones pueden justificar, desde nuestro punto de vista, la utilización del término indígena: la primera, la palabra indio ha sido impregnada desde la conquista de un sentido peyorativo; la segunda, sólo a los directamente afectados compete reivindicar la denominación de indio para manifestar su identidad como persona y grupo sociocultural. Por no pertenecer a este grupo de la población, no nos sentimos autorizados a hacerlo y preferimos más bien continuar empleando el término que está a la base de la designación del movimiento político cultural que planteó la reivindicación de los descendientes de los primeros pobladores del continente americano, excluyendo toda connotación racista en beneficio de una percepción sociocultural del problema.

### 2. Conflicto cultural y conquista española

El descubrimiento de América por los europeos y su conquista fueron "apelando al vocabulario psicoanalítico, un trauma que significó a la vez desgarrar y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos"<sup>2</sup>. La Conquista no sólo fue un choque físico, concretizado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también un enfrentamiento desigual de orden social, cultural<sup>3</sup>. Las estructuras socioeconómicas y las culturas que habían sido desarrolladas por los pobladores originarios de América fueron violentadas por los **(p. 30)** conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión -desde esa perspectiva- de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión<sup>4</sup>. La incorporación de la sociedad indígena al sistema socio-económico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen.

La "raza india" fue modelada como "casta" perteneciente a la "sociedad hispánica", pero sometida a los "blancos" en condiciones discriminatorias y sin ninguna posibilidad de movilidad social para sus miembros<sup>5</sup>.

La aparición de los "indios", inexistentes antes de la conquista, fue en consecuencia el resultado del proceso de destrucción de las estructuras del mundo andino, de desarticulación brutal de las relaciones sociales, económicas, políticas y religiosas, de desarraigo de la tierra y del ayllu, de la sustitución de los dioses originarios por un dios ajeno, del reemplazo de los valores comunitarios por los valores individualistas, de la creación jurídica de una república de indios, de la conformación de una pirámide social en cuya cúspide estaba el pequeño y poderoso grupo de españoles.

El reconocimiento del status de humanos de los aborígenes no fue inmediato y general. Se les consideró, en principio, como animales o seres sin alma; es decir como objetos de derecho y no sujetos de derecho. La naturaleza humana y racional del indio fue sancionada solemnemente por Paulo III, en la bula Sublimis Deus. A pesar de esta declaración, sólo se les reconoció en la legislación una personalidad jurídica restringida. Se les consideró, sobre todo, como sujetos de obligaciones y sus derechos fueron desconocidos o fuertemente limitados. Se les percibió como personas con capacidades disminuidas y, en consecuencia, necesitando de la tutela de parte de un tercero plenamente capaz.

<sup>1</sup> Moisés Moreno Hernández (Coordinador), La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, México 2001, p. 29 – 45.

<sup>2</sup> Max Hernández, Ideéle octubre 1992, p. 26.

<sup>3</sup> Wachtel 1973: 161; Mariátegui 1972: 56.

<sup>4</sup> Max Hernández, Ideéle, octubre 1992, p. 26

<sup>5</sup> Bravo Bresani 1970: 93.

Dentro de la nueva sociedad, los aborígenes fueron así definidos como "indios", y este mismo término indicaba de por sí una subordinación inalterable no menguada por el reconocimiento jurídico de la condición humana: eran ahora vasallos, tributarios de la Corona (p. 31) castellana; pero privados de los bienes culturales estratégicos de occidente: el idioma, la escritura, la tecnología<sup>6</sup>.

La legislación que establecía los derechos de los "indios" lo hacía bajo la óptica de la diferencia y el control que la nueva situación exigía. El derecho de conquista se imponía y estableció rápidamente límites a la movilidad social, dando como consecuencia una sociedad de castas basada, en primer lugar, en la discriminación étnica y, luego, en la diferenciación cultural [siglo XVIII, en la práctica]<sup>7</sup>. A partir del virreinato de Toledo hasta el acceso de los Borbones al trono, se organiza un sistema social y estatal que inserta las masas indias a la estructura total del Imperio.

Las leyes elaboradas por España para gobernar sus vastos dominios estuvieron condicionados por el contexto descrito. Muchas de las ordenanzas fueron estatuidas para proteger a los indígenas, regulando la conducta de los españoles. La concepción benévola de las Leyes de Indias, por ejemplo, suponía un tratamiento protector y discriminatorio de los indígenas, en la medida en que se les consideraba como personas disminuidas, niños o seres inferiores que debían permanecer sometidos a la tutela del colonizador para recibir los beneficios de la fe y de la civilización. A manera de ilustración recordemos que en 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 se decía que los indios son "naturalmente inclinados a la haraganería y al vicio", "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 sólo 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"<sup>8</sup>.

### 3. Imposición del derecho español

Si comprendemos por recepción el fenómeno consistente en el traspaso de las normas legales vigentes en un medio cultural (p. 32) determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español. Este criterio amplio<sup>9</sup> no nos parece correcto porque impide tanto comprender cabalmente el significado y la naturaleza de tal proceso histórico, como juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición de un Derecho. El primero se da cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición, cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación. La nota esencial del trasplante de un derecho es su unilateralidad. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se establecen en una zona "inexplorada y casi deshabitada"<sup>10</sup>. La imposición de un derecho se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza. Es evidente que los procesos históricos de "importación" o "exportación" de derecho no presentan características tan nítidas que permitan su fácil clasificación en los casos planteados ahora esquemáticamente<sup>11</sup>.

En el caso de la implantación del derecho español durante la colonización de América, no podemos decir que se trata de un simple trasplante de derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Mas tampoco puede hablarse de una recepción, porque los aborígenes no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. De un lado, los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron y, de otro lado, la Corona dictó reglas, no siempre debidamente aplicadas, para regular la conquista y la colonización. Se trató de la imposición -mediante la fuerza y la destrucción- de un derecho foráneo a los pueblos conquistados. Los miembros de la sociedad aborígen constituyeron sujetos pasivos en este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. Lo

<sup>6</sup> Max Hernández, Ideéle octubre 1992, p. 26.

<sup>7</sup> Pease 1992, p. 289.

<sup>8</sup> Pease 1992, p. 289; sobre europeización e identificación, ver p. 289.

<sup>9</sup> Kitagawa 1970: 19.

<sup>10</sup> Rheinstejn 1974: 126, 127.

<sup>11</sup> Por esto Rheinstejn (1974: 155) admite que la recepción y la imposición deben ser consideradas como los extremos de una amplia escala de normas intermediarias y combinaciones: "bilden die beiden Endpunkte einer breiten Skala von Zwischenformen un Kombinationene".

que no significó que en la práctica produjeran medios de resistencia y de escape al nuevo orden; siendo uno de los más evidentes la rebelión y uno de los más eficaces la adaptación creativa de los moldes culturales y económicos incaicos. (p. 33)

#### 4. Recepción del derecho foráneo en la República

La independencia del dominio español no comportó la ruptura del sistema socioeconómico desarrollado y consolidado durante tres siglos de coloniaje. Las guerras emancipadoras produjeron la ruptura de los vínculos políticos con la metrópoli, sin que se operase una transformación profunda de las estructuras internas, situación que se mantuvo a todo lo largo del siglo XIX y sirvió para la introducción y asentamiento de la nueva metrópoli: Inglaterra.

La emancipación fue obra de los criollos (hijos del país nacidos en familia española, llamados también hispano-peruanos, peruleros, indianos). Estos aparecen como grupo social, cuando "la población española de América ya estaba asentada y podía constituir un sector social que reclamaba derecho a la preeminencia o por lo menos a participar en la dirección de la sociedad hispanoperuana". Desde el siglo XVI y, en especial, en el siglo siguiente, logran su "plena movilidad ascendente, dentro del ámbito de poder"<sup>12</sup>.

La emancipación "no tuvo propagación social, ni cultural de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional"<sup>13</sup>. Fue una empresa apoyada por los mercaderes ingleses y realizada por los criollos (muchos de ellos grandes propietarios de tierras) imbuidos de los ideales de la revolución francesa: libertad e igualdad de las personas, libre comercio, reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos, la aceptación de que el poder emana de la voluntad de los ciudadanos.

Se atribuye a la ideología criolla el nacimiento de una conciencia nacional que abrió el camino a la independencia, generada así en un proceso ideológico tímido tal vez en la expresión dentro de un orden social establecido, pero firme en sus convicciones. La discusión prosiguió hasta después de la guerra de la independencia, y provocó durante los momentos difíciles previos a la misma -como ocurrió con las sublevaciones andinas del siglo XVIII, especialmente la de Tupac Amaro- acercamientos y actitudes en defensa del derecho de los hombres andinos, a los que los criollos deseaban incorporar al nuevo Estado cuya formación se favorecía con sus discursos sobre la identidad nacional<sup>14</sup>. Cuestión aparte son (p. 34) los resultados finales. Las primeras Constituciones de los Estados independientes (1823) convirtieron a los hombres andinos en ciudadanos sin ejercicio de facultades políticas, como el derecho electoral, consagrando el voto de los pudientes y el de los educados aculturados al sistema occidental<sup>15</sup>.

Dentro del contexto hostil a lo hispánico de los movimientos emancipadores, se dictaron diversos dispositivos legales tendientes a establecer la igualdad social y a romper los privilegios existentes que favorecían a los peninsulares. Estas medidas beneficiaron, principalmente, a los criollos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles. De esta manera, los nuevos grupos dominantes, al amparo de la renovada legislación "reeditaron la conquista española sobre la población indígena"<sup>16</sup>.

Por esto es que 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.

La concepción liberal individualista imperante en el momento de la independencia e inspiradora de la organización del nuevo Estado, se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde la declaración de la independencia. Pero, 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

<sup>12</sup> Pease, 1992, p. 279.

<sup>13</sup> Matos Mar 1970: 24.

<sup>14</sup> Anderson, p. 78.

<sup>15</sup> Pease, 1992, p. 282-283.

<sup>16</sup> Cotler, 1978: p. 79.

leyes, ordenanzas y reglamentos españoles que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubieran sido derogados por autoridad competente<sup>17</sup>. (p. 35)

El objetivo del nuevo sistema no era, como sucedió con la legislación indiana, la de conservar la población indígena como tal, bajo un régimen de libertad tutelada y un sistema político-económico subordinado; se trataba, por el contrario, de asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. De conformidad con estas ideas, Simón Bolívar, en 1824, inició el desmantelamiento del sistema comunitario indígena "decretando la propiedad individual de la tierra y permitiendo el reparto de los bienes comunales entre sus miembros"<sup>18</sup>. Durante todo el siglo XIX, continuó buscándose, en armonía con los principios ideológicos liberales, la transformación de los indios en ciudadanos de cada una de las nuevas repúblicas. Sin embargo, las condiciones estructurales en que emergía la naciente república hicieron posible que la herencia colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales que intentaban, mediante la modificación de la superestructura, cambiar las bases económico-sociales<sup>19</sup>.

Esto se muestra de manera clara en los siguientes casos, tomados a título de ejemplos, relativos a la legislación republicana:

En las Disposiciones generales de la Constitución venezolana de 1811, art. 200, se estatuye: "Como la parte de los ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios no ha conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía española dictó a su favor, porque los encargados del gobierno de estos países tenían olvidada su ejecución; y como las bases del sistema de gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que la de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los gobiernos provinciales que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de la religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes ... permitiéndoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan de ellas como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales". (p. 36)

Al elaborarse las nuevas leyes republicanas, es interesante observar las concepciones que inspiraron a los legisladores. El peruano, en la exposición de motivos del primer código penal (1853), afirmó - olvidando la numerosa población indígena- que se había seguido muy de cerca al código penal español, porque estando las costumbres de los peruanos "vacías en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla" no era posible alejar el proyecto de código penal del modelo español.

En Bolivia, país mayoritariamente indígena, en 1834, se adoptó integralmente el Código penal español de 1822 como Código provisional. En los debates, sus defensores sostuvieron que se trataba de una ley redactada "por los hombres más sabios de España que en sus trabajos habían sido guiados por la filosofía y merecido la aprobación de los mayores publicistas ..." y sus críticos señalaron que "aunque éste fuese enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos, que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante"<sup>20</sup>.

En los años posteriores y aun cuando se consideraron las diferencias étnicas de las poblaciones, los sistemas republicanos consolidados no llegan a plantear y solucionar el problema siempre presente de las poblaciones nativas. Se nota, en buena cuenta, una vuelta al criterio civilizador, paternalista y discriminatorio del derecho indiano. Un buen ejemplo, lo constituye la concepción consagrada en el Código penal peruano de 1924<sup>21</sup>. En sus disposiciones, se distinguen tres grupos de peruanos: primero, los civilizados; segundo, los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo y, por último, los salvajes. La condición personal de los segundos hizo que se les considerase como incapaces relativos y se les sometiera a una represión prudente o se les aplicara

<sup>17</sup> Reglamento Provisional dictado por San Martín, el 17 de marzo de 1821, art. 18: Anderson, p. 80 ss.

<sup>18</sup> Molina : 98.

<sup>19</sup> Cotler 1978: 79.

<sup>20</sup> Villamor, p. 110.

<sup>21</sup> Hurtado, 1979, p.67 ss.

una medida de seguridad, de acuerdo a su "desarrollo mental", "grado de cultura" y "costumbres". En cuanto a los "salvajes", nativos de la Amazonía, se disponía que si fueran sancionados con pena privativa de la libertad, ésta fuera sustituida con una medida de seguridad consistente en la **(p. 37)** "colocación en una colonia penal agrícola" con la finalidad de lograr su "asimilación a la vida civilizada" y hacerles adquirir una "moralidad" que los haga aptos para "conducirse" bien.

Si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos y en las normas sobre establecimientos penales contenidas en el mismo código penal, el legislador nacional considera como fin de la sanción la "plena readaptación a la vida libre y honesta", podemos sostener que tanto en relación a los "salvajes" así como a los "indígenas semicivilizados", el legislador optó una concepción "orientada a la asimilación". Es decir, que consideró al derecho penal como un medio tendiente a incorporar a la "civilización" los grupos de peruanos que se encontraban fuera de su ámbito benefactor.

Esta misma concepción se mantuvo en otros dominios, como por ejemplo, en el derecho civil. Así, lo demuestra el hecho de que la comisión de reforma del código civil, en su sesión del 2 de diciembre de 1922, aprobó la fórmula "son incapaces relativos los individuos de la raza indígena que no hablan castellano"<sup>22</sup>. Al discutirse este problema, en el seno de la propia comisión, se llegó a plantear la necesidad de regular un sistema de tutela para estos sectores de la población. En la sesión del 4 de noviembre de 1922, M.A. Olaechea trajo a colación el peligro de que se reviviera el sistema colonial de las encomiendas<sup>23</sup> por el que se sometió al indio a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiese los beneficios de la fe y la civilización. Pero, al mismo tiempo, Olaechea sostuvo, igualmente, que la "cuestión indígena es una obra de extensión de la civilización por el fomento de la riqueza y de la educación del país y del indio"<sup>24</sup>.

En el proyecto de código penal colombiano de 1927, redactado por técnicos italianos, se estableció (art. 26): "los indígenas que aún no han sido reducidos a la vida civilizada, se asimilan cuando delincan, a los menores de edad que deben ser juzgados con arreglo a penas y procedimientos especiales para ellos. Los indígenas menores de dieciocho años no son punibles". En el Paraguay, se llegó realmente a someter a los indígenas a los tribunales de menores. **(p. 38)**

En 1940, en el Segundo Congreso de Criminología, se acordó "recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales, tengan muy en cuenta el factor indígena, sobre todo en aquellas naciones en que este elemento étnico es numeroso, procurando la adopción de una legislación tutelar que tienda perfectamente a su incorporación a la vida civilizada".

El boliviano José Medrano Ossio<sup>25</sup>, en una ponencia presentada en el Segundo Congreso de Criminología (1940), sostuvo que "el estancamiento o paralización del desarrollo normal de las facultades mentales del indígena" se debía a la "ausencia de medios educacionales esenciales, medios de los que se rodea a todos los individuos que no sean de esta clase", y que debido a sus "antecedentes psicológicos", a la "inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases" y a su "realidad social" debe ser "considerado inimputable por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medios psicopedagógicos, psiquiátricos y otros que hagan del indígena un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada".

Los ejemplos citados muestran que la concepción admitida no logró los resultados esperados. Lo que se obtuvo fue más bien la vuelta a la actitud paternalista y discriminadora de la concepción inspiradora de la legislación colonial referente a los indígenas. Concepción negada por el criterio demoliberal de las Repúblicas nacientes.

## 5. Movimientos indígenas y reforma del derecho

A partir de la década de los años setenta comienza a imponerse una nueva corriente que ha sido denominada indianista. En la reunión de Barbados (1971) de los representantes de diversas poblaciones indígenas, se declaró: "la liberación de las poblaciones aborígenes debe ser realizada por ellas mismas, o no es liberación". Al Estado corresponde "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". De acuerdo con esta noción de indianidad, no se considera al individuo en el centro de su análisis, como lo hace el liberalismo, ni tampoco a la clase social, como el marxismo, sino a la comunidad. La comunidad es,

<sup>22</sup> *Actas...1928*, 1er, fascículo, 59.

<sup>23</sup> *Actas... 1928*: 1er. fascículo, 40,41.

<sup>24</sup> *Actas...1928*: 1er. fascículo, 41.

<sup>25</sup> 1914, p. 61.

por tanto, el fundamento de los pueblos autóctonos y la base de proyectos futuros. Desde el punto de vista político busca la autodeterminación. (p. 39)

En el I Congreso de Movimientos Indios de Sudamérica (Cuzco 1980), se afirmó en una de sus conclusiones: "Nos llamamos indios -con este nombre nos han sojuzgado por cinco siglos y con este nombre hemos de liberarnos. Ser indio es nuestro orgullo y el Indianismo es nuestra bandera de lucha y una consigna de liberación continental. Los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente; tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida y del universo y, como herederos de una cultura milenaria, al cabo de cinco siglos de separación, estamos nuevamente unidos para propiciar nuestra liberación del sistema colonialista occidental".

Sin que signifique la aceptación plena de la ideología implícita en las declaraciones precedentes, se nota en la legislación de los últimos años la influencia de esta nueva corriente de ideas. Así, el Gobierno militar de orientación izquierdista de Velazco Alvarado, en el Perú, declaró al Quichua (runa simi) como idioma oficial y dictó el Decreto Ley No 20653 del 24 de junio de 1974 relativamente favorable a las comunidades nativas y destinado a fomentar la actividad agropecuaria en las regiones de selva y ceja de selva.

De manera más clara, en la Constitución panameña se establece: "El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, adquiriendo la responsabilidad de realizar programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de las culturas y a crear una institución para su estudio, conservación y divulgación de las mismas y de sus lenguas, promoviendo la enseñanza bilingüe en las comunidades indígenas, así como para el desarrollo integral de dichos grupos humanos. Igualmente, se establece la promoción de la participación económica, social y política de las comunidades en la vida nacional, garantizando la reserva de tierras necesarias y la propiedad de las mismas para el logro del bienestar económico y social".

## 6. Reforma penal de 1993: imputabilidad por razones culturales

Ultimamente, de conformidad con una corriente que se acentúa, se ha establecido en la Constitución de 1993, que la Nación peruana (p. 40) es étnica y culturalmente plural. El Estado está obligado a reconocer y proteger este pluralismo (art. 2º inc. 19). Así mismo, 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).

Respecto a la Nación y al Estado, se declaran (art. 48º) 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 (art. 149º).

En este contexto al elaborarse el nuevo Código penal de 1993, se ha considerado de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal. Según el Art. 15º del Código penal, se exige 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»<sup>26</sup>.

Este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido el de 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, en tanto 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 (art. 20, inc. 1), a una anomalía síquica, 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. 15º, son los patrones (p. 41) culturales del agente, diferentes a los que se hallan en la base del

<sup>26</sup> Hurtado, 1995, p. 160 ss.

Código penal, los que « afectan gravemente su concepto de la realidad », en tal medida 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. 14º, pf. 2), sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños

### 7. A manera de conclusión

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 sólo 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 sólo existen en relación con las pautas de comportamiento sino también 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 sólo biológicos o psicológicos. El criterio de inimputabilidad o irresponsabilidad, regulado tradicionalmente en los Códigos penales, supone entonces sujetos socialmente integrados: **(p. 42)** 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 a la comisión de un delito y a 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 debido a que 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 que conserva el equilibrio necesario entre las necesidades de la comunidad y los medios a su disposición. El autor habría 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 **(p. 43)** violado (la vida de 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 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 le imponían, han estructurado de nuevo la imagen étnica y cultural del país. Ahora bien, resulta utópico pensar en un 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 la 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, han producido una cierta uniformidad de las pautas culturales primarias. Se trata 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 del «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 14 años, **(p. 44)** 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. 15º del Código penal. 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 con relación a los miembros de las comunidades de indígenas que permanecen relativamente aisladas, pero no 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.

Para terminar, 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 como se ha impuesto y sigue 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 el respeto de la pluralidad cultural de nuestra sociedad. La fuente de inspiración y el límite deben ser los derechos los derechos humanos, fundamentos del Estado de derecho.

## 8. Bibliografía

Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código Civil peruano, Imp. C. A. Castrillón, Lima, 1928.

ALFAJEME, Augusta y Mariano VALDERRAMA, "El surgimiento de la discusión de la cuestión agraria y del llamado problema indígena", en Indigenismo, clases social y problema nacional, Ed. CEATS, Lima. s/f

ALZAMORA, Román, Historia del derecho peruano, revisada y anotada por Lizardo Alzamora Silva, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. 1945

ANDERSON, Benedict, Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. Fondo de Cultura Economía, México 1997. **(p. 45)**

AYITER, Ferid, Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive "Europa und das römische Recht und unter besonderer Berücksichtigung der Rezeption west europaischer

- Getzbucher in der modernen Türkei-Studi in memoria di Paolo Koschaker: l'Europa e il diritto romano, vol. II, Milano. 1954
- BASADRE, Jorge, Historia del derecho peruano, Ed. Atenea S.A., Lima. 1937
- Los fundamentos de la historia del derecho, Ed. universitaria, Lima. 1967
- Historia de la República del Perú, 13 t., Ed. Universitaria, Lima. 1968
- El azar en la historia y sus límites, P.L. Villanueva Editor, Lima. 1973
- BASTIDE, Roger, El prójimo y el extraño. El encuentro de las civilizaciones, Amorrortu editores, Buenos Aires 1973.
- BRAVO BRESANI, Jorge, "Mito y realidad de la oligarquía peruana", en Perú Actual (sociedad y política), Instituto de Investigaciones Sociales, México. 1970
- COSTA, Jaqueline, "Etnocidio y comunidad nacional. Aspectos jurídicos," en Robert Jaulin ed., El etnocidio a través de las Américas, Siglo XXI Editores, México. 1976
- DEGREGORI, Carlos Iván, "Indigenismo, clases sociales y problema nacional", en Indigenismo, clases sociales y problema nacional, Ediciones CELATS, Lima. s/f
- DUCHET, Michel. "De la destrucción de los indios a la civilización de los salvajes", en Robert Taulin ed., El etnocidio a través de las Américas, Siglo XX , Editores, México. 1976
- FABREGAT, C. Esteva, El mestizaje en Iberoamérica, Editorial Alhambra, España 1988.
- HIRSCH, Ernst E. "Die Rezeption fremden Reet als Sozialen Prozess", en Das Recht in sozialen Ordnungsgefüge, Duncker & Humboldt, p. 89-105, Berlín.
- HURTADO POZO, JOSÉ, "La ley "importada". Recepción del derecho penal extranjero, Lima 1979.
- HURTADO POZO, JOSÉ, Impunidad de personas con patrones culturales distintos, en Derecho, Lima 1979, p.67 ss.
- KEITH, Shirley, "Los- indios de América del Norte: un pueblo en vías de desaparición", en Robert Jaulin ed., Etnocidio a través de las Américas, Siglo XXI Editores, México. 1976
- KITIGAWA, Zentano, Reception und Forbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, Frankfurt-Berlín. 1970
- KOSCHAKER, Paul. Europa und das romische Recht, 4a. Edición. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin. 1966
- LECLERC, Gerard, Antropología y colonialismo, Comunicación Serie B, n. 28, Madrid. 1975 **(p. 46)**
- LINTON, Ralph, Estudio del hombre, Fondo de Cultura Económica, México. LECLERC, Gerard, Antropología y colonialismo, Comunicación Serie B, n. 28, Madrid. 1975
- MACERA, Pablo, Trabajos de historia, 4 t., Instituto Nacional do Cultura, Lima. 1977
- MARIATEGUI, José Carlos, Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana, Empresa Editora Amauta, Lima. 1972
- MATOS MAR, José. "Dominación, desarrollos desiguales y pluralismo en la sociedad y cultura peruanas", , Perú actual (Sociedad y .política), Instituto de Investigaciones Sociales, México. 1970
- MEDRANO OSSIO, José, Responsabiliaad pena1 de los indígenas, Potosí. 1941
- PAPACHRISTOS, A. C. La reception des droits privés étrangers comme phenoméne de sociologie juridique, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris. 1975
- PIEL, Jean, - "Los aspectos etocidarios del estado neocolonial peruano después de la independencia del Per", en Robert Jaulin ed., El etnocidio a través de las Américas, Siglo XXI Editores, México. 1976
- RHEINSTEIN, Max, Einfhrung in die Rechtsvergleichung, Verlag C. H. Beek, München. 1974
- SALAZAR BONDY, Augusto, "Dependencia y cultura", en Perú actual (Sociedad y Política), Instituto de Investigaciones Sociales, México. 1970
- SCHWARTZ, Andreas B., "La reception et l'assimilation des droits étrangers", en Introduction á 1'étude du doit comparé, Recueil d'Etudes à l'honneur d'Edouard Lambert, t. II: 580-590, Paris. 1938

SPALDING, Karen, De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú colonia, Instituto de Estudios Peruanos, Lima. 1974

TORD, Luis Enrique, El indio en los ensayistas peruanos (1848-1948), Editoriales Unidas S.A., Lima. 1978.

TRAZEGNIES, Fernando de, La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 1977

VIDAURRE, Manuel Lorenzo de, Proyecto de un código penal, Hiram Tupper ed., Boston. 1928

VITERBO ARIAS, José, Exposición comentada y comparada del código penal de 1863, t. I, Librería o Imprenta Gil, Lima. 1900

WACHTEI, Nathan, Sociedad e ideología. Ensayos de historia y antropología andinas, Instituto de Estudios Peruanos, Lima. 1973

ZAVALA LOAYZA, Carlos, Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú, Librería e imprenta Gil S.A., Lima. 1941.

ZAYTAY, Imre, "La reception des droits étrangers et le droit comparé", en Revue Internationale de droit comparé, p. 688-713, París. 1957.