

merecerían un estudio aparte - debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias.

- 146 No se trata de abandonar la "dogmática penal" en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo "dogmática penal" o "ciencia jurídico penal" (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar de manera distinta el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería "dogmática penal". En buena cuenta, es concebir, sin mitos ni ficciones, nuestra labor de juristas.

Capítulo 3

Evolución del Derecho penal y recepción del Derecho foráneo

§ 1. Conquista española

- 147 La conquista española "fue, apelando al vocabulario psicoanalítico: un trauma que significó a la vez desgarró y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos". No sólo fue un choque físico, concretado 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. Las estructuras socioeconómicas y las culturas que habían sido creadas por los pobladores originarios de América fueron violentadas por los conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión - desde esta perspectiva - de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión. La incorporación de la sociedad indígena al sistema social y económico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen.

- 148 La "raza india" fue remodelada 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. Esto fue el resultado del proceso de destrucción de las estructuras del mundo nativo, de desarticulación brutal de las relaciones sociales, económicas, políticas y religiosas, de desarraigo de la tierra y de la comunidad, de la sustitución de los dioses originarios por un dios ajeno, del reemplazo de los valores originarios 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.
- 149 El reconocimiento del *status* de humano de los aborígenes no fue inmediato y general. Se les consideró, en principio, como animales o seres sin alma; es decir como objetos 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, no se les reconoció en la legislación sino 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 que tienen un cierto grado de incapacidad y, como consecuencia, necesitando de la tutela de parte de un tercero plenamente capaz.
- 150 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 castellana; pero privados de los bienes culturales estratégicos de occidente: el idioma, la escritura, la tecnología.

§ 2. Recepción e imposición del derecho foráneo

- 151 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 la conquista se imponía y estableció rápidamente límites a la movilidad social, trayendo como consecuencia una sociedad de castas basada, en primer lugar, en la diferenciación étnica y, luego, en la diferenciación cultural. Se organiza un sistema social y estatal que inserta las masas indias en la estructura total del Imperio.

- 152 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, 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.
- 153 Si comprendemos por recepción el fenómeno consistente en el traspaso de las normas legales vigentes en un medio cultural determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español. Este criterio amplio 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". 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.

- 154 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, muy naturalmente, 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 de este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. Lo 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 aborígenes.

§ 3. Derecho de las nuevas Repúblicas

- 371 La independencia del dominio español no comportó la ruptura del sistema social y económico 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.
- 155 La emancipación fue obra de los criollos (hijos del país nacidos en familia española). Estos aparecen como grupo social, cuando la población española de América llegó a constituir un sector social que se consideraba con derecho a dirigir o, al menos, a participar en el gobierno. Su diferenciación y relaciones con los demás grupos

sociales (españoles, mestizos, esclavos) no fueron regidas por criterios raciales, sino más bien culturales.

- 156 La emancipación 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.
- 157 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 las difíciles coyunturas previas a la misma - como ocurrió con las sublevaciones indígenas - acercamientos y actitudes en defensa del derecho de éstos, a los que los criollos buscaban incorporar al nuevo Estado. Cuestión aparte son los resultados finales. Las primeras Constituciones de los Estados independientes (1823) convirtieron a los indígenas en ciudadanos sin ejercicio de facultades políticas, como el derecho electoral, consagrando el voto de los poseedores de bienes y el de los educados en la cultura occidental.
- 158 Dentro del contexto contra España 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 ladinos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles.
- 159 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 ladinos.

- 160 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, así mismo, 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.
- 161 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 y económico subordinado; se trataba, por el contrario, de asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. Así, San Martín decretó en 1821 que "en el futuro, los aborígenes no serán llamados indios ni nativos, son hijos y ciudadanos del Perú". De conformidad con estas ideas, Simón Bolívar, en 1824, inició el desmantelamiento del sistema comunitario indígena estatuyendo la propiedad individual de la tierra y autorizando el reparto de los bienes comunales entre sus miembros. 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 éstas emergían hicieron posible que la herencia colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales.
- 162 Veamos algunos ejemplos tomados de la legislación republicana. Así, en las Disposiciones generales de la Constitución venezolana de 1811, art. 200, se estatuyó: "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".

- 163 Al elaborarse la 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 "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla" no era posible alejar el proyecto de Código Penal del modelo español.
- 164 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".

§ 4. Siglo XX

- 165 En las décadas 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. 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 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 "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.
- 166 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.
- 167 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".

- 168 El boliviano José Medrano Ossio, 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".
- 169 Este criterio fue preconizado por intelectuales y políticos, preponderantemente de origen y cultura ladinos, que consideraron la integración de los indígenas como indispensable para la constitución y el desarrollo económico y social.

§ 5. Orientación actual

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

- 171 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 el 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".
- 172 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.
- 173 En el art. 58 de la Constitución guatemalteca de 1985, "se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres". Además, en su art. 66, se declara que "Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos".
- 174 De manera más amplia, 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".

- 175 Sin embargo, entre lo dispuesto en la ley y la realidad sigue existiendo una separación abismal. Como consecuencia se puede afirmar que para los indígenas, ser iguales ante la ley significa muchas veces ser reprimidos por el simple hecho de practicar algunas de sus costumbres, de reclamar que se respeten sus derechos humanos, perder sus propiedades y, sobre todo, su propia cultura por ser considerada como un obstáculo para el progreso e integración en los valores oficiales.
- 176 Con miras a mejorar esta situación, en los Acuerdos de paz entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional, se sugiere en el numeral 4, literal (A), definir al Estado de Guatemala como una unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe. Así mismo, en el Proyecto gubernamental de reformas constitucionales destinado a concretar dichos Acuerdos se propone que el art. 2, sea modificado de la siguiente manera: "Son deberes del Estado garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; así como reconocer el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de su población".

Capítulo 4

El principio de legalidad

§ 1. Orígenes

- 177 Contra el irregular y arbitrario sistema represivo de las monarquías absolutas, a mediados del siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y exigen su modificación. Sus objetivos eran someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y limitar el poder punitivo. Para lograrlo propusieron,