

GRUPOS NATIVOS Y SISTEMA LEGISLATIVO

Francisco BALLON AGUIRRE

"A fuerza de pasar día y noche sumidos en sus códigos, terminaban por perder el sentido exacto de las relaciones humanas".

Franz Kafka

No son pocos aquellos problemas sociales que pasan desapercibidos ante la opinión pública. De vez en cuando un caso espectacular o una situación excepcional los tornan objeto de intensos acalorados debates, pero en la normalidad cotidiana el inconciente colectivo se los apropia evitando así su asunción crítica. De uno de estos problemas nos ocupamos en este artículo.

El fenómeno social llamado genéricamente "cuestión indígena" involucra a dos terceras partes de nuestra población. Los ángulos, formas y matices que reviste esta "cuestión", son muy variados y han sido abordados desde distintas disciplinas: nosotros centraremos nuestra preocupación en el sistema legislativo penal.

Ahora bien, puede tomarse como punto de partida esta premisa fundamental: la comprensión jurídica del problema étnico, se sitúa más allá de la legislación formal, remitiéndose directamente al fenómeno social concreto a fin de dar contenido al postulado normativo.

Desde esa perspectiva las minorías étnicas —que sumadas son mayoría— se encuentran al interior del país en relación frecuente con los moldes culturales, sociales y económicos de corte occidental que el Perú asume oficialmente, así como con los aparatos estatales que sostienen el sistema. Allí, la adquisición de la nacionalidad, es un espejismo bajo la forma de la llamada *ius-soli* —nacer en el territorio— y el *ius-sanguinis* —ser hijo de peruano— (artículo 4 Constitución Política del Perú 1933), pero los seres reales aludidos por la fórmula legal que les otorga la nacionalidad, están lejos de compartir características medianamente homogéneas.

Por otro lado, el cuerpo legislativo nacional es formalmente aplicable en todo el territorio de la República. Este cuerpo legislativo, porta en sí las características organizativas (sea de la producción, la familia, el estado, etc.) del grupo social que le dio origen, o diremos mejor, de una clase social determinada que se asigna tal capacidad de poder organizador. De allí que el cuerpo normativo no escapa —no podría escapar— a una historia y a una economía determinada. Los modos de producción y las relaciones sociales de producción, se formalizan y plasman en el cuerpo legislativo, creando así las condiciones para su reproducción, a la vez que se plasma la ingerencia de los aparatos estatales orientados en aquella dirección. Los sujetos reales asumen entonces roles determinados como “obreros”, “campesinos”, “contratantes”, “asalariado”, “patrono”, etc., etc. El sujeto concreto se pierde tras la fórmula legal ocultando cualquier diferencia, a la manera del Código Penal que recoge indistintivamente los vocablos “salvaje”, “semi-civilizado”, “indígenas” para designar, supuestamente, a los mismos individuos existenciales.

Sin embargo, las sociedades tribales mantienen relaciones sociales de producción propias y en ellas el capitalismo “puede reemplazar hasta cierto punto los objetos de la producción pero no destruye las relaciones sociales mismas con las que dichos objetos son producidos” (1). Al interior de estos sistemas sociales se ubica también un derecho propio, un sistema de organización, un orden.

En esa coyuntura, resulta evidente que si se asume una postura sobre el “tipo de derecho existente en tales sociedades, desde la óptica jurídica occidental, reconoceríamos a la costumbre —en el mejor de los casos— como fuente de derecho. Pero la postura debe ser a *fortiori* inversa: debe asumirse que los grupos nativos cuentan con un sistema de derecho, del cual forma parte la costumbre.

Hay que tener presente que la existencia y supervivencia de estas sociedades, está en relación con dos condiciones: el mantenimiento de un modo de producción y una cosmovisión. Esta cosmovisión ha de entenderse como la racionalización de la existencia “por el individuo” y el “grupo” en un medio físico determinado.

Cuando el grupo en su totalidad o el individuo asume para sí la cosmovisión del estamento social dominante, esto es, percibe el mundo y su posición en él a partir de los valores “oficiales” que sustenta la clase social que los domina, estamos frente a un problema de alienación, pues aquí los sujetos pierden su identidad real y entran a participar de un sistema distinto al suyo, ocupando una simple asignación numeraria. La mano de obra barata o las casas de cita en Iquitos son un doloroso ejemplo. Al interior de la ideología del dominante el nativo desaparece.

1. Guillermo Rochaburún, “Apuntes para la comprensión del capitalismo en el Perú”, en *Análisis*, cuadernos de investigación, página 14, Lima, 1977.

Siendo parte del Estado, el Poder Judicial —con todos sus Fueros— asume la función de administrar justicia en los casos particulares con prerrogativas cuya fuente está en el propio Estado. Según esta concepción cualquier forma distinta de solucionar los conflictos no será justicia. La justicia, se dice, está más allá de la ley, es un valor. Pero la justicia nativa también está más allá de la ley oficial y es también un valor. No obstante la potestad omnimoda de administrar justicia se entrega sólo a un aparato del Estado, sin tenerse en cuenta que la justicia aplicada al nativo, se genera en el estamento social que sostiene al aparato del Estado, estamento con el cual el nativo no mantiene otra relación que la de dominación. Se plantea así la confrontación de dos sistemas uno, legítimo oficial; el otro subrepticio, original y clandestino.

Para el criterio oficial, el sistema social es válido si es el mismo sistema oficial quien le reconoce tal característica. En este sentido, el D.L. 20653 (Ley de Comunidades Nativas) en su artículo 16 permite que los "conflictos y controversias" de mínima cuantía y las faltas, originadas entre miembros de una Comunidad Nativa, sean resueltos y sancionados en forma definitiva por los órganos de gobierno comunal. La administración de justicia social se retrae del conocimiento de estas causas e implícitamente reconoce la existencia de otro aparato capaz de suplir sus funciones.

La política legislativa del Estado, vacila entre reconocer el sistema nativo en su integridad o reconocer únicamente "ciertos" aspectos, bajo "ciertas" circunstancias. Resulta claro, que la balanza se inclina hacia el no reconocimiento total de la administración de justicia por las propias sociedades tribales, siendo el artículo 16 que comentamos, una excepción aplicable en algunos casos poco significativos para el sistema judicial oficial, que por otra parte, de hecho, no ha tenido ni tiene ingerencia histórica sobre ellos. Simplemente ha reconocido su importancia real, en tanto que aparato, para conocer tales casos. Quizá lo más notorio y rescatable de este artículo sea la indicación de una alternativa de política legislativa, recogida por primera vez en un texto legal para las sociedades nativas.

Veamos un caso de mayor envergadura que el que se ha expuesto. Se trata de las causas en las que se procesa a nativos ante el Fuero Común. Circunscribiéndonos sólo a los Aguarunas, existen en la Corte Superior de Chapchapyas en el Departamento de Amazonas más de cuarenta procesos seguidos en diferente épocas. Es también frecuente, que muchos de estos casos se refieren a muerte o lesiones infringidas a chamanes. Bajo características muy similares podemos sostener la existencia de procesos en los que se hallan implicados miembros de otras sociedades tribales (2).

A este propósito, el significado y papel jugado por la brujería en las sociedades tribales, constituye un tema importante de investigación ya que de sus conclusiones podrá deducirse con mayor precisión una nueva política jurí-

2. Un caso reciente es el relatado por el Antropólogo Luis M. Uriarte. Este caso ocurrió en la Sociedad Nativa Quichua y se halla en actual procesamiento en la Corte Superior de Iquitos. Cf. "Criminales o Héroes", mimeo, 1977.

dico-penal. Complementariamente, deberá hacerse estudios en torno a la aplicación del artículo 16 del D. L. 20653, presentándose para este efecto, la antropología jurídica como la disciplina más indicada para tales estudios (3).

La brujería es parte del sistema animista como concepción del mundo, que cumple su función al explicar al sujeto fenómenos que de otra manera resultarían incomprensibles. La brujería se liga a concepciones sobre la vida y la muerte. El poder de un brujo para curar, tiene su contrapartida en el mismo poder para matar. Ambos aspectos explican fenómenos como el de la enfermedad y la cura. Es así como habrá brujos "buenos" y brujos "malos", según el aspecto (daño/cura) que prime en ellos.

De acuerdo con tal oposición binaria, el sistema de relaciones sociales de los grupos nativos —al interior de los cuales se presentan estas creencias— estructura los mecanismos de aplicación de una u otra brujería, reprimiendo a la una y aceptando a la otra.

Cuando el sistema familiar (ya se trate de la familia nuclear o de la familia extensa) (4) se presenta como el nudo vital sobre el cual se asienta la posibilidad de supervivencia, es este mismo sistema el que organiza e implanta los mecanismos de control social pertinentes. El aparato productor de "orden" es un aparato social, que si bien a primera vista parece inexistente, está en realidad, orgánica y funcionalmente preparado para la aplicación de su justicia, esto es: para la implementación de sus valores. Es así como la Comunidad aplica y ejecuta sanciones cuando su existencia o la de alguno de sus miembros se halla en peligro.

La brujería supone "en primer lugar, la creencia del hechicero en la eficacia de sus técnicas; luego la del enfermo que aquél cuida o la víctima que persigue, en el poder hechicero mismo; finalmente, la confianza y las exigencias de la opinión colectiva, que forman a cada instante una especie de campo de gravitación en cuyo seno se definen y se sitúan las relaciones entre el brujo y aquellos que él hechiza" (5).

Esta reflexión da cauce, entre otras, a las siguientes preguntas: ¿es posible exigir una conducta distinta a la seguida por el nativo que obedece a los imperativos del animismo, cuya ideología le permite sobrevivir? ¿es factible pensar que alguien actúe al margen del sistema de creencias que defienden la solidaridad de la organización social del grupo y preservan su cohesión? ¿es dable, finalmente, actuar transgrediendo los marcos de defensa familiar sostenidos por los valores que precisamente procuran su equilibrio y estabilidad?

3. El escasísimo desarrollo de esta disciplina en nuestro medio, llama a la reflexión, máxime en las condiciones étnicas de nuestro país y en la imperiosa necesidad de variar y otorgar contenidos distintos a la actual legislación y a la administración de justicia.

4. familia nuclear: padres e hijos;
familia extensa: padres, hijos, yernos, tíos, etc.

5. Claude Lévi-Strauss, "Antropología Estructural", EUDEMA, página 152, Buenos Aires, 1972.

Pues bien, obrando en el ámbito referencial de sus valores el nativo puede matar a un brujo, si esos valores no sólo lo exculpan sino que lo obligan a realizar tal acto como correcto, necesario, de plena justicia.

No tengo el propósito de extenderme en detalles sobre el aparato productor de justicia comunal, ni en lo referente a las características peculiares de la brujería. Simplemente deseo llamar la atención sobre la vinculación jurídica entre la acción producida y las creencias del nativo.

Lo que sí merece énfasis especial es la necesidad de iniciar la revisión total del trato legislativo que se da a los nativos en el Perú, especialmente la revisión de la Legislación Penal que es el área de mayor incidencia de conflictos entre los dos sistemas de justicia, el dominante y el dominado.

Aludiendo nuevamente al Código Penal peruano y particularmente a sus artículos 44 y 45 que comprenden las circunstancias atenuantes de la pena aplicable en caso de "salvajes", "semi-civilizados", "indígenas" (6), la redacción supone únicamente una variación cuantitativa pero no cualitativa (aun alegando que se "ha tenido en cuenta" las características propias de los grupos tribales) en el tratamiento de los casos (7).

Sin duda alguna —y serán los antropólogos los encargados de confirmarlo— la actuación de los "salvajes" no es una simple expresión irracional de "salvajismo". Por el contrario, el "salveje" adecúa como cualquier otro ser humano sus creencias y valores a su existencia y conducta cotidiana.

La presencia de un sistema normativo social que regula el intercambio de bienes, el trabajo, las relaciones familiares, las autoridades, etc. en la existencia diaria del nativo, es mucho más que una costumbre a secas. Si se quiere ser honestos, incluso con el sistema jurídico imperante en el país, debe llevarse hasta sus últimas consecuencias el análisis de "las costumbres", "las creencias", "tradiciones" y "valores socioculturales", dejando de lado la epidermis de clichés y estereotipos con que se recubre la vida del nativo y a partir de la cual se legisla.

La dinámica social de estos grupos nativos, es un constante flujo y reflujo de derechos y obligaciones, sea dentro de un sistema de reciprocidad o de defensa. La protección a la vida, recibe en el caso de los nativos, todo el contenido y todo el valor que una sociedad puede entregarle, las características de su protección no puede medirse desde un sistema jurídico ajeno y distinto.

La conducta de estos hombres, explicable desde una perspectiva antropológica, determina los límites de la exigibilidad y de reproche que el derecho

6. Una crítica de la terminología empleada por los artículos 44 y 45 del Código Penal puede encontrarse en: Raúl Peña Cabrera, "Derecho Penal Peruano", Parte General, página 228 y siguientes. Lima, 1977.

7. Son igualmente criticables ciertas características del proceso: el derecho de defensa, la ausencia de un perito antropólogo, intérpretes, etc.

penal nacional pudiera ejercer sobre ellos, evidentemente muy distantes de las posturas exaltadas y preocupadas por crear precedentes (8).

"El reproche de culpabilidad presupone, por tanto, que el actor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad antijurídica de un modo más correcto, es decir, conforme a la norma, y esto no en el sentido abstracto de que *algún hombre* en lugar del autor, sino en el sentido concreto de que *este hombre, en esta situación*, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma" (9), es uno de los criterios de la teoría jurídica occidental de nuestros días que posibilita la adecuación del régimen legal al condicionamiento vital de diversas etnias sometidas a un mismo patrón legislativo: son justamente las resoluciones de voluntad de los nativos en concordancia con las normas de su propio sistema judicial dominado, las que les han permitido y permiten, pese al aparato judicial dominante, la mínima garantía de supervivencia.

8. "El Tiempo", 12-12-75, página 1.

9. Han Welzel, "El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista", Ariel-Barcelona, 1964, página 85.