

LA ORIENTACION ETNOLOGICA EN EL PROYECTO DEFINITIVO DE CODIGO PENAL PARA INDIGENAS DE MOZAMBIQUE

1. La política colonial portuguesa y el sistema jurídico-colonial.—2. El Estatuto político, civil y criminal de los indígenas de 1929.—3. El Acta colonial y la Carta Orgánica del Imperio Colonial portugués. La codificación en Mozambique.—4. El concepto legal de indígena.—5. La gestación del Proyecto definitivo de Código Penal.—6. Los supuestos etnográficos del medio indígena mozambiqueño.—7. Lo etnológico en el Proyecto de Código Penal para Indígenas de la Colonia de Mozambique.

1.—*La política colonial portuguesa y el sistema jurídico-colonial.*

La historia de las instituciones coloniales portuguesas es la de un sistema que, basado en la fe de Cristo y en el amor a la Patria, concentró todos sus esfuerzos en incorporar a la nación lusitana los pueblos habitantes de su dilatado Imperio.

En consecuencia, el asimilismo en su más puro y noble sentido ha sido la más destacada característica de su política colonial, dirigida a fundir en el crisol de su cultura el variado mosaico etnográfico de sus posesiones. Una acertada comprensión de que la asimilación es el fin, la meta, pero no la realidad presente ha valorado un importante factor: el indígena.

Este es parificado en la legislación histórica por un proceso de abstracción legal, iniciado en algunos aspec-

tos en la época de las conquistas y culminante en el régimen constitucional que sometió a los nativos casi completamente al derecho político, administrativo y civil metropolitano. Nada separa en esta concepción potencial del hombre, no vinculada a consideraciones socio-geográficas, al indígena que vive y desarrolla sus actividades en una sociedad animista y tribal del súbdito europeo. La idea abstracta del hombre de todos los tiempos y de todos los países ha sido quizá, como dice Nouelle, el origen más o menos remoto de las dificultades surgidas al tomar contacto nuestra civilización con las realidades exóticas.

La dirección política asimilista fué jalonada por el establecimiento en 1811 de las «Juntas de Gobierno» y por las disposiciones de la Constitución portuguesa de 29 de abril de 1826, que garantizan la ciudadanía y la libertad política sin distinción de razas, y que en lo orgánico definen las posesiones portuguesas en África no como colonias, sino como «provincias de ultramar», es decir, demarcaciones administrativas análogas a las metropolitanas, siendo el «status» de sus habitantes portugueses o indígenas sensiblemente el mismo al que gozaba un ciudadano en la metrópoli.

Esta situación que, como hemos dicho, correspondía a una ficción legal, no a una realidad, fué evolucionando al impulso de los hechos y de una generación que proclamó la necesidad de un sistema jurídico adecuado a los supuestos coloniales. Se inició en los últimos años de la monarquía para continuar y plasmarse en las leyes orgánicas de la administración colonial, que aceptaron la posibilidad de coexistencia del principio fundamental de unidad en la naturaleza humana con la pluralidad de ordenamientos jurídicos que permitiese

adoptar como noción actual e imprescindible en el fenómeno colonial el indigenato.

Para regular éste se promulgó en 23 de octubre de 1926 el primer Estatuto político, civil y criminal de los indígenas de Angola y Mozambique, destinado a los dos territorios que más inmediatamente sentían la necesidad de un texto legal que regulase el «status» privativo del indígena.

La influencia del medio colonial no se limita al nativo, que se halla rodeado y sumergido en una cultura inscrita en un territorio y de la que sus ideas y sentimientos son, salvo asimilación, parte integrante, sino que trasciende al europeo, que al desarrollar sus actividades en la colonia vive en parte los efectos de una cultura que, aunque extraña a él, le influye; por ello colonistas eminentes como Eduardo da Costa y juristas como Cattier defienden la adaptación de la ley civil y penal aplicable a europeos a las condiciones especiales del país.

La realidad indígena en su contacto con la política colonial suscita un problema que por su importancia y magnitud casi polariza la actividad funcional de la potencia colonizadora. El indígena no es un hombre nuevo sin personalidad y sin historia; ésta, aunque indiferenciada en una noción del tiempo sin determinación cronológica, surge en la teodicea, en la superstición, la costumbre y la leyenda. La personalidad del indígena se ha formado en contacto con su mundo circundante, siendo concretamente el alma negra un denso y variante conglomerado de sentimientos profundos y complicados.

Querer transformar bruscamente su cultura es contraproducente. En primer lugar, el indígena se coloca ante el intento en una situación de pasiva resistencia a la penetración de nuestra civilización, se enquistaba en su

vieja esencia, y la acción colonial se ve anulada por una reacción que intenta alejar de sí aquello que subvierte su organización social y costumbres. Por otra parte, la desaparición violenta de las organizaciones indígenas priva a la Sociedad de un freno contra las pasiones y provoca una situación de inestabilidad. Buen ejemplo de ello es el actual estado de los núcleos argelinos y tunecinos europeizados. Incluso en el aspecto misional es más eficaz la acción sobre el nativo animista o islamizado que sobre el que *asimiló* de la cultura europea lo que más convenía a sus pasiones, sus vicios.

La imposición de unas normas inaccesibles para la mentalidad del indígena y el desprestigio de sus instituciones seculares provocan con cierta frecuencia soluciones de continuidad sumamente peligrosas para la colonización. Antes de arruinar una institución con la que pueda contemporizarse debemos cerciorarnos de que el nativo se halla preparado para aceptar otra de más elevado contenido.

La revalorización de un territorio lleva consigo el progreso de sus instituciones bajo la acción del Estado colonizador; pero el progreso no debe producirse a saltos, rompiendo los ligamentos del todo social, sino en forma continua y segura, pues, como dice Lanessan, es preciso evitar que nos transformemos de amigos del indígena en sus enemigos.

La duplicidad de culturas con influencia recíproca, que coexisten en un mismo territorio de naturaleza colonial, exige una dualidad legislativa. No es posible aplicar el mismo régimen legal a razas de civilización tan diferente, es preciso especializar la Ley, escribe Eduardo da Costa, ya que la nuestra, más perfecta, puede ser poco adecuada y hasta inaplicable.

La especialización no supone una divergencia antagónica entre la legislación metropolitana y la privativa de los indígenas, siendo perfectamente compatible con la sumisión a la primera de las cuestiones no entrañadas en la peculiaridad colonial. La legislación destinada a indígenas se caracteriza por su mutabilidad y sentido progresivo, pues se acomoda al momento actual del pueblo y no tiende a perpetuarse, sino a evolucionar con éste, y por ello, y especialmente en lo civil, las fórmulas imperativas se reducen a lo indispensable.

Esta general necesidad de un ordenamiento jurídico especial para el nativo adquiere en lo penal gran relevancia, ya que las costumbres, creencias y supersticiones indígenas, son en ciertos casos netamente criminógenas y en otros dan ocasión a que se realicen hechos delictivos que por hallarse en relación directa con el medio a la legislación colonial corresponde prever. La creencia, muy extendida en Manica y Sófala, de la resurrección de los muertos «en espíritu de león» provoca una singular forma de usurpación de derechos, ya que se presentan impostores a la familia del difunto como su reencarnación, ocupando su puesto familiar y siendo colmados de presentes y atenciones, como cita G. Cota.

Es preciso, pues, un Código Penal especialmente aplicable a indígenas, consciente de su mentalidad, adecuado instrumento politicocolonial de civilización y que adapte la reacción social al hombre que ha de sufrirla.

2.—*El Estatuto político, civil y criminal de los indígenas de 1929.*

El mencionado Estatuto político, civil y criminal de 1926, que originariamente aplicable a Mozambique

y Angola, fué, por Decreto de 30 de mayo de 1927 y con la adaptación precisa, extendido a Guinea y a los territorios de Mozambique bajo la administración de las compañías privilegiadas, manda ya proceder a las codificaciones de usos y costumbres que fuesen necesarias y organiza una administración de justicia para indígenas independiente de la común portuguesa.

Como antecedente en lo civil de orientación contemporizadora, citaremos el Decreto de 18 de noviembre de 1869, que puso en vigor en los territorios de Ultramar el Código Civil portugués y ordenaba respetar, en su artículo 8.º, los usos y costumbres de los pueblos autóctonos y de los inmigrantes orientales que no fuesen contrarios a la moral o al orden público.

En Mozambique, y en 1886, publicó el entonces Gobernador general Augusto del Castillo una Orden sin parte dispositiva en la que se recomendaba la máxima transigencia con los usos nativos, con el fin de favorecer la evolución y evitar choques violentos.

Destaca en el Estatuto de 1926, obra del insigne colonista y Ministro Juan de Belo, la tendencia muy adecuada en la política colonial lusitana de tutelar los derechos indígenas, aunque declarando también correlativamente los deberes que progresivamente tienen éstos que cumplir. Si la vagancia y el delito son hechos punibles en los blancos, no podemos dejarlos impunes en los negros, afirmaba en 1924 el Ministro de Colonias de Portugal, Viera Machado.

La conveniencia de una reforma de este Estatuto que le dotara de una mayor flexibilidad se manifestó prontamente, y en 6 de febrero de 1929 fué promulgado el nuevo «Estatuto político, civil y criminal de los indi-

genas», cuyo ámbito de aplicación se extiende a todas las posesiones continentales africanas de Portugal.

Determinados, en el Estatuto de 1929, los principios y derechos fundamentales, trata su artículo 4.º de la materia que será objeto de codificación y que ordena comprenda todos los usos y costumbres sin más limitación que los derechos de soberanía y los principios de humanidad, disponiendo su artículo 24 sean realizadas las codificaciones en el plazo de un año, a contar desde la inserción del Estatuto en los Boletines Oficiales de las diferentes colonias y promulgadas por los Gobernadores de los respectivos territorios, previo informe de las superiores autoridades judiciales de cada colonia.

Por lo que respecta al Derecho Penal, y en tanto no estuvieran en vigor los códigos de indigenato, establece el artículo 13 que las penas a aplicar por los Tribunales se regulen por el Código Penal portugués, siempre considerando el estado y civilización de los indígenas, sus propios usos y costumbres, y de conformidad con las especiales normas que se fijan, autorizando éstas la sustitución de las penas correccionales por la sumisión a trabajos correccionales y las penas mayores por trabajos públicos.

Es interesante destacar, para relacionarla después con el artículo 3.º del Proyecto mozambiqueño, la declaración que formula el artículo 12 sobre el fin de la represión penal, y que no es otro que la reparación del daño causado y la intimidación. Nada, pues, hace referencia a la inocuización moral (corrección) o directa (defensa social).

No descuida el Estatuto una terminante declaración respecto a la administración de justicia a los indígenas, que según su artículo 14 se rige por fuero privativo, in-

dependientemente de la organización judicial portuguesa y cuya jurisdicción, en primera instancia, la ejerce un Tribunal colegiado de circunscripción, compuesto por un Secretario, funcionario colonial; dos vocales indígenas con voto deliberativo, y dos asesores asimismo indígenas con función meramente informativa, todos bajo la presidencia de la autoridad administrativa, civil o militar, ya que ésta, por hallarse en íntimo contacto con la vida indígena, conoce más profundamente sus problemas, mentalidad y costumbres. Este carácter de adaptación al medio se acentúa con la presencia de los vocales y asesores indígenas (1). Como antecedente geográficamente muy próximo a Mozambique pueden citarse los Tribunales indígenas de «círculo» establecidos por Gallieni en Madagascar y constituidos por el Administrador, Presidente; dos Asesores indígenas y un Canciller, Secretario.

De las sentencias dictadas por los Tribunales indígenas podía recurrirse, según lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto, ante los respectivos Tribunales Superiores Privativos; pero suprimidos éstos por Decreto de 6 de mayo de 1932, y atribuidas sus funciones en Mozambique al «Tribunal de Relação» de Lorenzo Márquez, a éste corresponde conocer de los recursos.

La competencia de los Tribunales indígenas de circunscripción comprende en lo penal: a) los delitos patrimoniales cometidos por nativos que se hallen sancionados con penas correccionales, salvo la existencia de correos no indígenas; b) los delitos patrimoniales san-

(1) En nuestra Guinea insular los Tribunales Indígenas de Demarcación están constituidos por el Administrador y dos jefes de poblado y en la continental se eleva el número de vocales indígenas a seis jefes de poblado.

cionados con pena mayor mientras sean indígenas reos y ofendidos; c) los delitos contra las personas mientras sean indígenas reos y ofendidos.

3.—*El Acta Colonial y la Carta Orgánica del Imperio colonial portugués. La codificación en Mozambique.*

El «Acta Colonial», incorporada a la Constitución portuguesa de 19 de mayo de 1933 y que ha merecido el dictado de «luminosa declaración de los derechos indígenas», define su régimen legal y afirma en su artículo 22 que «en las colonias se tendrá en cuenta el estado de evolución de los pueblos nativos, habiendo a tal fin estatutos especiales para indígenas que establezcan bajo la influencia del derecho público y privado portugués regímenes jurídicos de contemporización con sus usos y costumbres individuales, domésticos y sociales que no sean incompatibles con la moral y con los dictámenes de la Humanidad». Este precepto concuerda literalmente con el artículo 246 de la Carta Orgánica del Imperio colonial portugués, sin más variación que el aditamento final «o con el libre ejercicio de la soberanía portuguesa, aunque procurando su progresivo perfeccionamiento», que aparece en esta última y que mucho se asemeja en su primera parte a lo dispuesto en la segunda limitación que formula respecto a la materia objeto de codificación el artículo 4.º del Estatuto de 1929.

Vemos pues, si comparamos los preceptos de los Estatutos de 1926 y de 1929 y lo dispuesto en el Acta Colonial y la Carta Orgánica, una determinación de la legislación tipo, la portuguesa, bajo cuya influencia en lo público y privado se han de establecer los regímenes jurídicos de contemporización, segundo elemento básico del sistema, que lleva implícita, por tanto, la finali-

dad de lenta evolución hacia nuestra cultura; pero con respeto a los usos y costumbres individuales, familiares y sociales indígenas, cuyo estado actual se tendrá en cuenta, y siempre con las limitaciones derivadas de la moral, humanidad y soberanía del Estado portugués.

Como antecedente de esta orientación codificadora citemos entre los colonistas portugueses al Consejero Almeida da Cunha, que fué Secretario general en Mozambique y Angola y procedió al estudio del derecho indígena del primero de los citados territorios publicando la parte titulada «Usos y Costumbres», pero no, desgraciadamente, la referente a jurisprudencia civil y criminal.

Posteriormente, siendo Gobernador del distrito de Mozambique Eduardo da Costa, y con el fin de continuar la obra de Almeida da Cunha, ordenó a los jefes de circunscripción que en sus memorias semestrales mencionaran especialmente los usos y costumbres que fuesen conociendo. En 1 de mayo de 1907 ordenaba Freire de Andrade a las autoridades administrativas, civiles y militares la presentación de memorias etnográficas.

También en Madagascar mandó Gallieni proceder al estudio de la codificación de la Ley malgache civil y penal.

4.—*El concepto legal de indígena.*

Antes de estudiar la ejecución de estos preceptos legislativos en el territorio de Mozambique, es imprescindible fijar un presupuesto necesario que especifica la naturaleza de esa codificación y cuya orientación responde precisamente a su peculiaridad; éste es el concepto legal de indígena, ya que el sociológico surge de las consideraciones que encabezan este estudio.

El artículo 2.º del Estatuto de 1929 considera indígena a los efectos del mismo, y por referirse al «status» político, civil y criminal podemos concluir que él define su concepto legal, a todo individuo de raza negra o descendiente de ella (mestizo) que por su ilustración y costumbres no se distinga del común de su raza, siendo *no indígenas* los que no se hallen en las citadas condiciones. No establece el Estatuto portugués la parificación entre razas africanas y asiáticas que prevé el Decreto-Ley Orgánico del Imperio italiano de 1 de junio de 1936.

Compete a los Gobiernos coloniales, según el citado artículo, definir las condiciones especiales que deben caracterizar a los individuos naturales o habitantes en sus respectivos territorios para ser considerados indígenas.

En Mozambique, la Orden de 12 de noviembre de 1927 exige para ser declarado *no indígena* la concurrencia de estas tres condiciones :

- 1.ª Hablar portugués.
- 2.ª No practicar los usos y costumbres del medio indígena.
- 3.ª Ejercer profesión, comercio o industria o poseer bienes de rendimiento suficiente para mantenerse.

La definición de *indígena* surge, pues, a «contrario sensu»; pero por ser cumulativa la exigencia de los tres requisitos, basta que en el individuo de raza negra o descendiente de ella, requisito básico exigido por el Estatuto, no concorra uno de ellos para que tenga la consideración legal de indígena.

No obstante, el más característico elemento es, sin duda, la práctica de los usos y costumbres tradicionales, que constituye el factor sociológico diferencial, ya que el no hablar portugués o el no poseer medios de sub-

sistencia es rasgo que puede ser común a diversos pueblos y razas.

Si comparamos el concepto de asimilado formulado por la Orden indicada con las condiciones que para el reconocimiento de la ciudadanía metropolitana exige la legislación del Africa ecuatorial francesa, no podremos menos que testimoniar la diferencia de fines existente entre ambas políticas coloniales, ya que en ésta se reducen los requisitos legales a escribir y hablar con facilidad la lengua francesa y, naturalmente, haber prestado servicio militar en el ejército regular.

La posesión del «status» de no indígena suscita un problema de honda trascendencia. Se reduce a una declaración legal o, por el contrario, exige junto a ésta una actual situación de hecho que la confirme. O, en otros términos, la asimilación supone una presunción «juris et de jure» de abandono de lo indígena o, por el contrario, la presunción es sólo «juris tantum». La cuestión tiene trascendental importancia en la omisión de delitos motivados por sentimientos e ideas típicamente feticistas, lo que ocurre con cierta frecuencia en negros que, hablando portugués, aparentan hallarse totalmente divorciados de los usos y costumbres tradicionales, y han conseguido por el trabajo un nivel de vida superior a la mayoría de los nativos. Si aceptamos la segunda hipótesis, la realización de uno de estos actos es la más palmaria prueba de la ausencia de la situación de hecho que proscribía los usos y costumbres indígenas, ya que el propio delito afirma su subsistencia y la personalidad neta y típicamente indígena de su autor, pues, como dice G. Cota, no hay medio más seguro de aquilatar la debilidad de asimilación de un individuo que

averiguar si se verifica la correlación entre superstición y conducta.

Parece muy acertada, pues, la orientación del artículo 6.º de la Orden de 9 de enero de 1917, que preveía el regreso del negro a la práctica de los usos y costumbres indígenas. Consideró entonces el legislador la necesidad, para ser efectiva la condición legal de asimilado, de una conducta que manifestase el no regreso del negro a su anterior estado. Desgraciadamente, la de 1927 no incluyó este precepto.

En resumen, el sistema jurídico colonial portugués en Mozambique se sustenta en los siguientes principios:

A) Existencia de códigos y estatutos especiales destinados a los indígenas.

B) Establecimiento en dichos textos legales de regímenes jurídicos de contemporalización con los usos y costumbres nativos, salvo incompatibilidad con la moral, dictámenes de la Humanidad o derechos de soberanía.

C) En lo penal, y mientras no se ponga en vigor el correspondiente Código de Indigenato, rige el Código Penal metropolitano con las limitaciones y adaptaciones que el artículo 13 del Estatuto político, civil y criminal de 1929 establece.

D) La codificación se realizará bajo la influencia del derecho portugués público y privado.

E) Los Códigos de Indigenato no tienden a cristalizar las instituciones nativas, sino, por el contrario, a favorecer su evolución de acuerdo con las anteriores normas.

F) La aplicabilidad de las leyes de indigenato tiene lugar exclusivamente por razón de la persona, y el destinatario de las normas contenidas en las normas de indigenato es el indígena.

G) Es indígena, en sentido legal, el individuo de raza negra o descendiente de ella que se halle en alguna de las tres condiciones siguientes :

- 1) No hablar portugués.
- 2) Practicar los usos y costumbres del medio indígena.
- 3) No ejercer profesión, comercio o industria ni poseer bienes de rendimiento suficiente para mantenerse.

5.—*La gestación del proyecto definitivo de Código Penal.*

La necesidad de dar cumplimiento a la legislación que ordenaba fuesen establecidos Códigos de Indigenato era manifiesta.

En lo penal produce la aplicación del Código metropolitano, destinado a un cuerpo social tan diverso de la estructura moral y asociativa de los pueblos bantúes, dificultades expuestas en sus informes por eminentes colonistas, sin que sean bastantes las limitaciones y adaptaciones previstas en el ya citado Estatuto.

Posesionado el General Bettencourt, en marzo de 1940, del cargo de Gobernador General de Mozambique, procedió con una exacta visión del problema y de su alcance, a ordenar el estudio del derecho consuetudinario indígena, presupuesto básico de la codificación, nombrando para ello al Dr. Gonçalves Cota, por Despacho de 28 de julio de 1941, y encargándole asimismo de elaborar los proyectos de Código Civil y Penal para indígenas. Con el fin de facilitar su labor, y por otro del 31 del mismo mes y año, se creó la Misión Etnográfica de la Colonia de Mozambique, dirigida por dicho jurista, y que debía recorrer el territorio de la Colonia para reco-

ger los elementos etnográficos indispensables para elaborar los ya citados proyectos. «C.

En agosto inició la Misión sus pesquisas, y tres años más tarde publicaba G. Cota, por mandato del General Bettencourt, un profundo estudio de Etnología titulado «Mitología e direito consuetudinario dos indigenas de Moçambique», destinado a los funcionarios administrativos que teniendo a su cargo funciones judiciales en lo indígena, a través de sus tribunales privativos, precisaban conocer sus principales instituciones, y también porcatarles, como al prologar afirma Montanha, de la distinción entre lo inmoral impeditivo de la evolución y lo inmoral con que debe transitoriamente contemporizarse en beneficio de la propia evolución:

Cumplida la tarea encomendada, presentó G. Cota su primer proyecto de Código Penal para los indígenas de Mozambique, muy ajustado a las orientaciones doctrinales del Código Penal metropolitano de 1886, lo que motivó la devolución a su autor, para ser refundido, medida dispuesta por el «Tribunal de Relação», que temió quedase, por la supeditación al citado Código, superado con la reforma que del mismo prepara el Dr. Beleza dos Santos.

Presentado el proyecto refundido, fué aprobado por el Tribunal en 29 de marzo de 1946, y ordenada su publicación por el General Bettencourt como tal proyecto definitivo por su especial interés, junto con unas documentadas notas de su autor.

6.—*Los supuestos etnográficos del medio indígena mozambiqueño.*

La fecunda labor llevada a cabo por la Misión Etnográfica manifestó la existencia, en los diversos pueblos

que habitan el territorio mozambiqueño, de una unidad en los principios éticos⁹ basada en idénticas concepciones animistas y fetichistas, aun siendo diferente la morfología social. Incluso la religión musulmana, extendida principalmente entre los macuas costeros, en su mayoría mestizos descendientes de uniones entre árabes y mujeres macuas, y que ha dado a los pueblos islamizados una especial fisonomía, no ha borrado de lo más íntimo los sentimientos y creencias animistas.

La magia en igual o similar forma, la atribución de hechicería, la iniciación sexual, la creencia en la encarnación de las almas de antepasados y su intervención en la vida familiar, el animismo como base ontológica de la vida del nativo, generan en todo el territorio las mismas obsesiones y producen los mismos actos lesivos a los intereses sociales bajo la influencia de unos mismos sentimientos.

El conocimiento de este sentido moral colectivo ha sido el primer fruto de la Misión, y el necesario supuesto para establecer normas valorativas de la conducta del indígena, ya que por él puede distinguirse entre el delito cometido bajo el influjo de una común idea o sentimiento y que el núcleo social indígena no repudia, y hasta aprueba, del que, actuando con infracción de la propia conciencia tradicional, provoca una reacción ofensiva o defensiva en su propio medio.

El análisis de los hechos que un determinado pueblo o grupo de pueblos engloba en una u otra categoría, puede darnos una noción exacta de su sentido moral colectivo y señalar directrices para la valoración penal «in loco», actuando, si es preciso, a través de la ley penal o de la política general del territorio para acelerar o im-

ner la evolución de las instituciones indígenas que lesionen los valores primordiales de nuestra cultura.

Caracterízase la conciencia de los pueblos habitantes de la Colonia de Mozambique, observa G. Cota, porque :

a) El sentimiento de solidaridad queda reducido a la familia, patriarcal o matriarcal, superando dicho grupo solamente en el culto religioso celebrado para impear de algún espíritu o divinidad la cesación de una calamidad, y asimismo en la guerra contra tribus enemigas.

b) El valor vida humana es preponderantemente material. El homicidio se castiga más frecuentemente con la dación de un individuo a la familia agraviada para que aumente su patrimonio, que con penas corporales. El hombre vale en la familia por su capacidad de producción; la mujer, por su fecundidad, y la pérdida de un ser humano es, ante todo, un perjuicio económico.

c) El sentimiento del honor y de la honestidad está intensamente impregnado de este mismo concepto.

d) El altruismo varía entre los pueblos. El respeto a los ancianos es muy acusado en unos, e inexistente en otros, que los consideran una carga improductiva. La infancia, por el contrario, recibe en todos ellos cuidados, ya de ambos padres (pueblos patriarcales), ya de la madre (pueblos matriarcales). Se desconoce el abandono de niños, pues constituyen riqueza.

La caridad se restringe a la familia y al viandante, lo que indica una incipiente organización de etapas.

e) El amor en la familia se reduce al maternal, muy profundo, ya que el padre siente «el interés de un ganadero por sus nuevas reses», que le producirán, los varones, trabajo, y las mujeres, por el matrimonio, la donación nupcial. El amor conyugal es instinto y sentido patrimonial. Aunque en algunos pueblos el marido ofendi-

do puede matar a la adúltera, normalmente exige sólo una compensación económica, pues cree que ha sido víctima del uso no autorizado de una «cosa» por la que él pagó un precio.

f) Entre los sentimientos comunitarios, falta completamente el patriotismo, que no se sustituye por el amor a la tierra, sino por una común veneración al progenitor, varón o hembra, del clan (elemento personal).

g) El sentimiento de justicia es innato en el indígena, y su administración correspondió primitivamente, salvo excepciones, al régulo, que era la única persona que podía «derramar sangre humana sobre las tierras de su dominio».

El homicidio, aunque considerado delito por todas las tribus, admitió en el derecho consuetudinario algunas eximentes: muerte de esclavas en los funerales del régulo, ordenada por su heredero, y en algunos grupos sociales el homicidio causado por el marido ofendido o el ejecutado por el presunto hechizado sobre la persona que, según el adivino, sea autora de su hechizo. En ciertas tribus el autor de la muerte de un hechicero, aunque hubiese sido víctima del hechizo, no gozaba de una eximente, sino de un atenuante especial que determinaba el pago de una pequeña multa al régulo por infringir el principio de su autoridad.

El hurto da lugar a reparación netamente civil casi siempre, aunque también se impongan propias y verdaderas penas, comúnmente de naturaleza corporal.

Los delitos contra la honestidad y el honor se reputan comúnmente ilícitos civiles, que sólo dan lugar a la subsiguiente indemnización.

Es conveniente distinguir también entre magia y hechicería. La concepción que del mundo tienen los pue-

blos bantíos, basada en la inercia intrínseca de las cosas, trasunto filosófico de su pereza natural, y en la lucha de principios y espíritus buenos y malos, atribuye a cada fenómeno individual o social la intervención benéfica o maléfica de un espíritu. Las calamidades públicas, las enfermedades, no se conciben como hecho causado en el orden físico: hay una íntima tendencia al ocultismo. Y el negro imputa el mal, o a un espíritu enojado a quien procura atraer con dádivas, o a un hombre a quien cree dotado del poder necesario para causar por simple acción espiritual el daño acaecido, esto es, a un hechicero.

Localizado el supuesto autor del hechizo, éste, totalmente ajeno a la acusación, es conducido ante un adivino o mago, que se pronunciará, con ayuda de sus artes, respecto a la verdad de la imputación.

Como la hechicería es un arte secreto, no se puede esperar la aportación de pruebas físicas, y el adivino administra al presunto hechicero una dosis de droga, comúnmente «moave», que el inculpado toma voluntariamente con la esperanza de verse libre de la acusación; si vomita la droga es declarado inocente, en caso contrario se le declara hechicero, y ya hemos visto que la muerte de éste es prácticamente impune en derecho consuetudinario, sin olvidar que muere otras veces por envenenamiento a causa de la droga ingerida.

Es, pues, diferente magia y hechicería. La magia adivinatoria debemos distinguirla de la médica o herbanaria, es una actividad típicamente criminógena, cuya peligrosa actuación no se limita al juicio de hechicería. Esta es una falsa atribución, fruto de la superstición local, no un hecho real.

7.—*Lo etnológico en el proyecto de Código Penal para indígenas de la Colonia de Mozambique.*

Ante esta concepción ética, que supone una realidad social, ¿qué orientación ha recibido el proyecto definitivo de Código Penal para indígenas de la Colonia de Mozambique?

Su artículo 2.º declara que los principios básicos de la ley penal, destinada a indígenas, no difieren de los que sustentan el sistema penal metropolitano, aunque adecuando la prevención y represión del delito a la mentalidad y estado de civilización de los pueblos nativos de la colonia.

En cuanto a su ámbito de aplicación, dispone el artículo 126, en relación con el 6.º, que lo que sea con carácter preceptivo, siempre que el delincuente sea indígena, e independientemente del tribunal competente, y de la circunstancia de ser o no indígena el ofendido, remitiéndose en cuanto al concepto legal de indígena a lo dispuesto en el Estatuto político, civil y criminal de 1929, y a la Orden provincial de 12 de noviembre de 1927, y comprendiendo expresamente a negros y mestizos de acuerdo con el ya citado Estatuto.

La ignorancia de la ley, debidamente probada, exime de responsabilidad cuando se trate de simples contravenciones o de la infracción de nuevas disposiciones legales destinadas a combatir ciertos usos y costumbres tradicionales, salvo reincidencia en uno y otro caso (art. 16).

La distinción entre los delitos originados por los peculiares sentimientos o creencias de estos pueblos, y los que cometidos en el medio indígena no se diferencian ni en sus particulares formas de ejecución y en sus móviles

o fines de los previstos en el Código metropolitano, se recoge en los artículos 1.º y 4.º

La primera categoría comprende los delitos cometidos bajo la influencia directa o indirecta de las supersticiones y creencias propias de la raza negra, y que inducen al delincuente a creer en la legitimidad del fin o de los motivos que determinan el hecho punible, presumiéndose la corregibilidad de su autor, y castigándole por ello con especial benevolencia, procurando su pronta reintegración al medio indígena, una vez corregido y transformado, en un instrumento más en la lucha contra el delito, salvo que el hecho, por ser cometido con ensañamiento, revele instintos, temperamento o carácter peligroso, o reincidencia, lo que pondría de manifiesto la dificultad de inocuización.

La segunda categoría, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.º y 45 del proyecto, se regirá por las prescripciones del Código Penal portugués de 1836, comprendiendo todos aquellos hechos delictivos que no estuviesen especialmente previstos en el texto privativo, aunque aplicándose en sustitución de las penas aplicadas en el Código metropolitano las que el citado artículo 45 y los 46, 47 y 48 establecen.

Una tercera categoría intermedia entre las dos anteriores se halla constituida por aquellos delitos que, previstos en el Código de 1836, precisan ser adaptadas a la vida social indígena o a ciertas circunstancias especiales que el Código metropolitano ni previó ni podía prever; se regulan en el Título III del Libro II como Disposiciones transitorias, comprendiendo, entre otros, los delitos de rebelión, desobediencia, estupro, adulterio, incendios, daños, etc.; creando en unas ocasiones tipos com-

plementarios, y adaptando siempre la penalidad a las prescripciones del proyecto.

Los delitos contra los cultos y el sentimiento religioso (Título I del Libro II) incluyen en su primer aspecto, aunque con diversa penalidad, no sólo los que cometieran los indígenas contra los cultos cristianos, sino también contra los extraños al cristianismo que no se hallaren prohibidos por la Ley. Como indica muy atinadamente G. Cota, la magia y la hechicería no son cultos porque no responden a una manifestación religiosa, sino a representaciones místicas inferiores de carácter privado que coexisten con el culto patrolátrico, y por ello y por su carácter criminógeno, quedan especialmente exceptuadas de la protección penal que al amparo de las leyes fundamentales brinda el artículo 64 del proyecto.

Respecto a formas de participación en el delito, considera autores (art. 11) a los adivinos que con sus artes, sortilegios o declaraciones, influyeran directa o indirectamente en el ánimo de una persona para inducirla a cometer un delito contra aquel a quien el adivino haya imputado la responsabilidad de un maleficio, y considere agravada la responsabilidad en los delitos cometidos por medio de artes mágicas.

La orientación etnográfica del proyecto se pone también de manifiesto al establecer como posible atenuante calificada la de hallarse persuadido el delincuente de que el hecho desencadenante de la agresión era criminoso, y de la legitimidad del fin o de los motivos cuando éstos se hallaren relacionados con supersticiones o creencias animistas, si no concurren circunstancias que revelen en el agente instintos peligrosos para el orden social.

La necesidad de aceptar la relevancia del factor sociológico, que tan directamente influye en la concepción

nativa, y que considera ciertos actos, no sólo lícitos, como ya destacamos al analizar los supuestos etnográficos del medio indígena, sino laudables, impone también como circunstancias atenuantes :

a) El arrebatado producido por causas que excitaran la justa indignación pública, incluyendo las relativas a creencias animistas, mientras no envuelvan crueldad o inmoralidad no susceptible de contemporalización.

b) El miedo vencible de un mal posible o imaginario explicado por creencias o supersticiones generalizadas entre el pueblo o grupo al que pertenezca el agente.

c) El consentimiento del ofendido cuando el delito se cometiere con el fin de hacer desaparecer un sufrimiento físico del ofendido, hallándose en extrema desesperación si el sufrimiento no lo hubiera provocado el delincuente (medicina herbaria).

Respecto a la penalidad, y cualquiera que sea la categoría del delito cometido por el nativo, se aplicarán las penas que especialmente adecuadas al medio indígena establece y regula el proyecto en los artículos 28 y siguientes.

Es característica la imposición por los tribunales de penas relativamente indeterminadas en su duración entre un límite mínimo y un máximo establecido en el Código, y que corresponde individualizar a la «Comisión Directiva de Prisiones»; pero determinadas en cuanto a su naturaleza y clase.

Independiente y correlativamente a la adopción de normas penales en consonancia con el medio, es el Código Penal para indígenas un potente instrumento de política tecnológica, que provoca, acelera o impone, en unos casos, la evolución o supresión de usos y costumbres contrarios a las básicas normas de humanidad, mientras

que, en otros, protege instituciones indígenas que constituyen el fundamento de la estructura social colonial. No se crea que pueda establecerse el binomio inmoralidad, por muy grave que ésta sea, y acción penal represiva. Para ejercer ésta es necesario que el hecho sea expresamente previsto como delito en el Código Penal, o en otra ley especial aplicable a indígenas, pues corresponde a la Ley Penal distinguir entre la inmoralidad tolerable y la incompatible constitutiva de delito.

Veamos las directrices fundamentales de política indígena que el proyecto recoge :

A) Incrementar el prestigio de los jefes gentílicos y de poblado, autoridades elementales, base de la organización nativa colonial, castigando la rebelión y agravando genéricamente la responsabilidad cuando el hecho delictivo se efectúe con menosprecio de la autoridad gentílica o de su agente en el ejercicio de sus funciones.

B) Protección de las instituciones sociales no incompatibles con la idea de progreso, como, por ejemplo, el «consejero familiar» (art. 21).

C) Lucha contra las supersticiones derivadas del animismo que supongan la realización de hechos incompatibles con la moral y los derechos fundamentales humanos.

Ya hemos indicado la diferencia que el Código establece entre los cultos nativos, patrolatría o zoolatría, permitidos y hasta protegidos, y la magia y hechicería expresamente prohibidas. La causa se ha expuesto ya; destaquemos ahora la acción directa que el proyecto recoge al castigar, no sólo las lesiones y homicidios que en el juicio de hechicería, o en su consecuencia, pudieran perpetrarse; sino también la imputación calumniosa de he-

chicería y las sugerencias para convencer a alguien de que es hechicero (arts. 90, 91 y 92).

La intervención de los magos adivinos o herbanarios en los juicios de hechicería se castiga en relación con el mal causado por la droga sin perjuicio de la consideración de autores, que puede corresponderles en caso de homicidio, o lesiones causadas a consecuencia del juicio de hechicería por ellos realizado.

También se halla íntimamente relacionado con las ideas animistas el canibalismo o antropofagia, afortunadamente hoy casi inexistente en Mozambique, derivado muchas veces de la concepción que del hombre tiene el indígena, ya que integra las virtudes y facultades en el propio cuerpo, creyendo por ello que al alimentarse con éste asimila las virtudes del fallecido. En el homicidio antropofágico, ya que existe el simple delito de canibalismo, dispone el proyecto la previa observación psiquiátrica del delincuente.

Con severidad y sin ninguna consideración a la influencia de la superstición criminógena, se castiga el homicidio causado con el fin de aprovecharse del cadáver o de una de sus partes para la supuesta terapéutica animista (art. 71).

D) Protección sanitaria. A ella tiende la prohibición de los tatuajes y del estupro artificial, el castigo de los envenenamientos, mortales o no, causados por los herbanarios en la aplicación de la terapéutica indígena y de los hechos que en la asistencia a partos realizasen los indígenas, instruidos o no, en la terapéutica científica.

E) Fortalecimiento de la familia indígena (especialmente en pueblos matriarcales), castigando a tal fin :

a) La servidumbre espontánea de un yerno a favor del suegro a causa del no pago de la donación nupcial.

b) Los acuerdos antenuupciales que impongan, caso de no pago de la donación, la pérdida o simple restricción de la patria potestad.

c) La expulsión del jefe de familia de su domicilio por los ascendientes o parientes de la mujer, con pérdida de la patria potestad.

d) El que aceptando lo anterior abandonase a sus hijos.

e) El consentimiento, incitación o promoción del casamiento de mujeres impúberes.

f) El préstamo o permuta de mujeres.

F) Proscripción de las instituciones sociales contrarias a los principios fundamentales de nuestra moral y derecho como la esclavitud, la celebración de ritos, ceremonias o fiestas gentílicas no convenientes al orden o seguridad pública, y las asociaciones que sin ser constituidas para cometer delitos tengan fines lascivos.

Colonizar no es sólo abrir caminos, construir puertos, desboscar o instruir al nativo para el trabajo en explotaciones mineras, agrícolas o forestales. Colonizar es elevar al hombre, alma y cuerpo, en su marco territorial.

De venturosamente colonial podemos calificar el «Proyecto de Código Penal para Indígenas de la Colonia de Mozambique».

FRANCISCO FELIPE OLESA MUÑOZO.