

HISTORIA
PROBLEMA
Y PROMESA

homenaje a
jorge basadre



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FONDO EDITORIAL 1978

LA RECEPCION DEL DERECHO PENAL EXTRANJERO EN EL PERU Y LA CULTURA DE LA DOMINACION

José Hurtado Pozo

1.- *Perú, país subdesarrollado*

El Perú es un país subdesarrollado. Esta situación es el resultado de un largo proceso histórico, iniciado por la conquista española¹. El Perú precolombino se desarrolló de manera autóctona durante un período de diez mil años y tuvo su mayor expresión en el Imperio de los Incas. Estos organizaron un estado militar y económicamente fuerte, logrando el fortalecimiento de sólidos patrones culturales, la adaptación a un medio geográfico difícil y cierto grado de creatividad². Este desarrollo independiente fue interrumpido por la conquista y la colonización, que consistieron en el sometimiento y en la transformación de la sociedad indígena. Esto significó la integración de América al sistema económico europeo, su transformación en un gran reservorio de materias primas del mercado europeo, factor importante del desarrollo industrial de Europa occidental. De esta manera el Perú fue integrado al sistema mercantil mundial³.

Simultáneamente a este proceso de integración económica, los españoles llevaron a cabo una erradicación de las culturas autóctonas y la asimilación de los aborígenes a la cultura occidental⁴.

Los españoles integraron a los indios a las estructuras coloniales en una relación de dominio y de discriminación.

La emancipación produjo la ruptura de los lazos político administrativos

1 Según André Frank, "el conocimiento de la historia, aunque no profundo, permite comprender que el subdesarrollo no es original o tradicional, y que ni el pasado ni el presente de los países subdesarrollados, de cualquier perspectiva que se le observe, no tiene su correspondiente en el pasado de los países ahora desarrollados". *Die Entwicklung der Unterentwicklung*, in: *Lateinamerika: Entwicklung der Unterentwicklung*, Berlín 1969, p. 29.

2 José Matos Mar, "Dominación, desarrollos desiguales y pluralismos en la sociedad y cultura peruanas", en: *Perú actual* (sociedad y política), México 1970, p. 21.

3 Es de recordar que la conquista de América desde un comienzo implicó fines económicos. Se debió principalmente, a iniciativas particulares. Fernández de Oviedo afirmó en su *Historia general y natural de las Indias* que "quasi nunca sus Majestades ponen su hacienda e dinero en estos nuevos descubrimientos, excepto papel y palabras buenas"; citado por Antonio Quintano Ricpollés, *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid 1953, p. 44.

4 Ver Julio Cotler, "La mecánica de la dominación interna y del cambio social en el Perú", in op. cit. (nota 2), p. 48. Sobre asimilación y aculturación, consultar Gerard Leclerc, *Antropologie et colonialisme. Essai sur l'histoire de l'africanisme*, París, 1972, p. 90

coloniales con España; pero no la quiebra de la relación de dependencia económica con la metrópoli. Este dominio significó el paso a la esfera de influencia del Imperio inglés⁵. Internamente, se redujo a un "intento de reconstrucción solamente en términos políticos y declaratorios"⁶.

La tenencia de la tierra cambia de manos y los financistas ingleses adquieren o consolidan su influencia mediante préstamos. La condición de los indígenas empeoró y los latifundistas "adquieren un poder de decisión local a un grado desconocido y hasta inconcebible en el tiempo de la colonia"⁷.

Así la colonización española, primero, y la Republica, después, ligaron el desarrollo del Perú al sistema económico-cultural occidental, lo que determinó su condición de colonia, de región proveedora de materias primas, de país subdesarrollado⁸.

Todo este proceso ha dado lugar a un desarrollo desigual de la sociedad peruana. Existe una marcada diferencia entre las situaciones en Lima y las provincias; en la sierra, la costa y la selva; en las zonas industriales y agrícolas; en el medio urbano y en el rural. No se da una uniformidad cultural en el país, y la separación de clases sociales es muy acentuada.

2. — *Concepción dual de la sociedad peruana*

Esta compleja realidad ha tratado de ser explicada de manera esquemática, afirmándose que se trata de una "sociedad dualista". Es decir, que en ella se distinguen, claramente, una sociedad arcaica, tradicional, agrícola y en estagnación, y otra sociedad moderna, urbana, industrial, dinámica, progresista. Esta última estaría animada por una acentuada propensión hacia el cambio. Los progresos técnico-culturales que se reciben en este sector, permanecen en él, sin poder beneficiar al otro. La cultura del sector tradicional se mantiene intacta y conserva toda su fuerza de resistencia al cambio⁹.

Esta separación nítida entre dos sociedades no se puede distinguir en la realidad. El dualismo es una explicación marcadamente abstracta, formulada desde un punto de vista estático. El destacar ambos extremos de la situación nos

5 Según Jorge Bravo Bresani, "empresa conjunta (joint venture) de los mercaderes ingleses y de los grandes propietarios de tierras, criollos cubiertos por las banderas de la revolución francesa". "Mito y realidad de la oligarquía peruana", en: op. cit. (nota 2), p. 92.

6 José Matos Mar, op. cit. (nota 2) p. 24.

7 Jorge Bravo Bresani, op. cit. (nota 2), p. 94.

8 José Matos Mar, op. cit. (nota 2), p. 20.

9 Jacque Lambert, "La contribution du droit comparé a l'étude des problèmes du sous-développement", en: *Problèmes contemporains de droit comparé*, T. II, Tokio, p. 181 a 183.

impide comprender el mecanismo interno de las relaciones existentes entre la pluralidad de sectores que constituyen la sociedad peruana. Pues, en realidad, se trata de una sociedad en la que sus componentes se encuentran en una particular relación de integración. Al interior de la sociedad peruana existen sectores que constituyen especies de metrópolis de otros. Estas relaciones constituyen los primeros eslabones de la cadena mundial de "metrópolis y satélites"¹⁰. De modo que el desarrollo de un sector entraña el subdesarrollo del otro; por lo que mejor convendría hablar de "colonialismo interno" y no de "sociedad dual"¹¹. Bravo Bresani afirma, correctamente, que "es muy difícil, para el que conoce el Perú y lo ha recorrido varias veces, separar, como lo desearían los dualistas, un "mundo tradicional" homogéneo y estable de un "mundo moderno" homogéneo y dinámico. Lo que él ve más bien es un *pluralismo*, de muchos géneros, con varios tipos de dinamismo, pero sin la posibilidad de que tales "dinamismos" se resuelvan en un dinamismo eficaz de conjunto, realizable en términos de elevación colectiva de los niveles de vida, de la integración de los mercados y de la homogenización de las culturas"¹². Las consecuencias de esta realidad económica en el dominio de la cultura han sido, últimamente, estudiadas con detenimiento por diversos especialistas extranjeros y nacionales¹³.

3.- *Cultura de la dominación*

Entre nosotros Salazar Bondy sostuvo que "la cultura del conjunto de la población que habita dentro de las fronteras del Perú es plural, híbrida, carente de integración, dominada por los mitos enmascaradores; prevalecen en ella la mistificación de los valores, la inautenticidad de las actitudes, la superficialidad de las ideas y la improvisación de los propósitos. Es una cultura, además, sin fuerza creadora y predominantemente imitativa. La llamamos cultura de la dominación"¹⁴. Con el fin de explicar esta situación, propone

10 André G. Frank, op. cit. (nota 1), p. 32.

11 Rodolfo Stavenhagen, "Sieben falsche Thesen über Lateinamerika", en op. cit. (nota 1), p. 13 s. y 18.

12 Op. cit. (nota 5), p. 105-106.

13 Por ejemplo, Augusto Salazar Bondy, "Dependencia y Cultura", en: op. cit. (nota 2), p. 119-128; Octavio Ianni, *Imperialismo y cultura de la violencia en América Latina*, México 1970; del mismo autor "Sociologie et dependence scientifique en Amérique Latine", en: *Informations sur les sciences sociales* 9 (4), 1970; Orlando Fals Borda, *Ciencia propia y colonialismo*, México 1970; Georges Bolandier, "Contribution a une sociologie de la dependance", en: *Cahiers internationaux de Sociologie*, 12, Paris 1952; Rodolfo Stavenhagen, *Clases sociales en México*, México 1968, p. 89-151; David Sobrevilla, "La cultura y la filosofía de la dominación. Apuntes sobre un planteo de A. Salazar Bondy", en: *Apuntes*, año 1, n. 1, Lima 1975, p. 49

14 Op. cit. (nota 13), p. 127.

“la tesis de la dependencia como causa fundamental, descartando la raza, la tradición, la lengua o la religión como factores determinantes” Por dependencia entiende “en el sentido tanto de un lazo de subordinación cuanto de un sistema social y económico, mediante el cual se establece y perenniza tal lazo”¹⁵.

El planteamiento de Salazar ha sido puesto de tela de juicio por David Sobrevilla en un ejundioso trabajo que hemos citado anteriormente.¹⁶ Luego de un riguroso análisis crítico, Sobrevilla resume la “tesis central” de Salazar en la siguiente fórmula: “la cultura de un pueblo dominado es necesariamente inauténtica”¹⁷ y concluye afirmando de que, pese a su fuerza emotiva, es en lo esencial incorrecta¹⁸. Sobrevilla se apoya en dos ejemplos históricos para negar la tesis, según él, central de Salazar. Se trata, primero del caso de Alemania luego de la Guerra de los Treinta Años. En su opinión, “difícilmente se podrá imaginar condiciones de dependencia mayores para un país” que las que tuvo que soportar en esa época Alemania y, sin embargo, no se puede decir que la filosofía de Leibniz fuera inauténtica. El segundo ejemplo es el de la Unión Soviética, país independiente, respecto al cual se pregunta: si su filosofía leninista es auténtica o un producto esencialmente derivado del marxismo, que a su vez procede del idealismo alemán¹⁹.

No siendo el estudio de estos problemas el dominio particular de nuestras investigaciones, nos sentimos desarmados para pronunciarnos por la corrección o inexactitud de estas posiciones. Permítasenos señalar, primero, que quizás sea necesario tener en cuenta que Salazar parece preocuparse sobre todo, por la razón por la que no existe “unidad cultural” en el Perú,²⁰ la única que, en su criterio, “sería capaz de producir, en el nivel de la alta cultura de nuestro tiempo, la ciencia, la técnica, el arte, las ideas y creencias capaces de dar al país, con *auténticidad*, significación mundial”²¹. En segundo lugar, nos parece

15 Op. cit. (nota 13), p. 125.

16 Ver nota 13, in fine.

17 Op. cit. (nota 13), p. 60.

18 Op. cit. (nota 13), p. 66.

19 Op. cit. (nota 13), p. 62. Sin embargo es de señalar que en sus conclusiones Sobrevilla considera que con su tesis Salazar “crea un nuevo mito —un mito además peligroso— en lugar de obrar desmitificadoramente: el hablar de una cultura auténtica” op. cit. (nota 13), p. 66.

20 Repetidamente, este autor se refiere en su trabajo antes citado (nota 13), que no se ha constituido una “unidad cultural nacional bien integrada” (p. 121); a que “difícilmente puede hablarse de la cultura peruana, en singular” (p. 125). Cuando se refiere a “nosotros” o a “nuestra cultura”, cuida de señalar que “obviamente no debe entenderse en el sentido de una unidad espiritual o una comunidad integrada” (p. 125).

21 Op. cit. (nota 13), p. 125; el subrayado es nuestro.

conveniente preguntarnos sobre la conveniencia de comparar el caso de Alemania, luego de la Guerra de Treinta Años, con el Perú. Se admite, hoy en día, que la situación socio-cultural que caracteriza a los denominados países subdesarrollados no puede ser equiparada a períodos pasados de los países desarrollados. Estos nunca fueron subdesarrollados, aun cuando todavía no eran desarrollados. La condición de subdesarrollo de un país no puede ser comprendida como el producto de sus propias estructuras o particularidades económicas, políticas, sociales y culturales. Por el contrario, los estudios sobre la evolución de tal situación muestran que es el producto histórico de las relaciones presentes y pasadas entre los "satélites subdesarrollados y las ahora desarrolladas Metrópolis"²².

Siendo tan diferentes en grado y naturaleza las situaciones de dependencia en que se encontró Alemania después de la Guerra de los Treinta Años y el Perú durante la Colonia y hasta ahora, no se puede concluir, necesariamente, que produzcan los mismos efectos en diversas latitudes y sobre la vida de pueblos tan diferentes.

Las anteriores observaciones deben ser tomadas como manifestaciones de curiosidad y preocupación intelectuales. La clarificación total de las dudas que existen al respecto tendrá lugar en la medida que se estudien sus diversos aspectos y en todos los dominios de nuestra realidad cultural.

Como un modesto aporte nos permitimos presentar el caso de la recepción del Derecho Penal de las ideas penales extranjeras en el Perú. La situación socio-cultural descrita anteriormente, no es sino el telón de fondo de ese suceso cultural.

4. — *Imposición del derecho penal por los colonizadores*

Los españoles trajeron e impusieron, mediante la colonización, su cultura: idioma, religión, sistema político y económico, derecho, etc. Diversas Leyes de Indias datan de los primeros momentos del descubrimiento (la recopilación de estas leyes tuvo lugar en 1680). Las disposiciones legales españolas que estuvieron vigentes fueron las contenidas en Las Siete Partidas, La Nueva Recopilación, las del Estío, las de la Novísima Recopilación y, asimismo, las del Fuero Real. La implantación de este orden jurídico no comenzó con una radical

²² André G. Frank, op. cit. (nota 1), p. 29 a 31; cf. Octavio Ianni, op. cit. (nota 13), p. 389 a 391, ver nota 14; Rodolfo Stavenhagen, op. cit. (nota 11), p. 16-17. Esta concepción se halla implícita en los trabajos de Matos y de Bravo, citados en las notas 2 y 5.

eliminación del Derecho indiano de carácter consuetudinario. En un principio, se reconoció la vigencia de todas aquellas reglas que no contradecían los principios básicos del orden español²³. A medida que avanzó y se consolidó el sistema colonial decreció su importancia.

En esta etapa histórica no es posible hablar de recepción de un derecho extranjero. Se trata más bien, de la imposición de un ordenamiento jurídico extraño a la población aborigen. Esta no desempeñó el rol de sujeto activo en este proceso, sino más bien fue el objeto. Lo contrario es condición indispensable de toda recepción, que es la aceptación consciente y voluntaria de un Derecho extranjero. Es decir, que ella no conlleva la coacción ni la destrucción del pueblo receptor²⁴. La Conquista española significó el choque desigual de dos culturas. España era entonces la nación dominante en Europa y representaba la cultura occidental. Por estas circunstancias y por el carácter mismo de la conquista y la colonización, esta confrontación no podría culminar sino con la dominación político-económica de los vencidos y en su aculturación.²⁵

Junto con la imposición del ordenamiento legal positivo, los españoles importaron la concepción filosófico-jurídica imperante en la Metrópoli. Oidores y teólogos seguían las enseñanzas de la filosofía tomista dictada en las Universidades de Salamanca y Alcalá. En lo penal, tal concepción era retributivo-expansionista²⁶.

El predominio absoluto de la concepción jusfilosófica hispánica duró hasta fines del siglo XVIII, época en que comienza la influencia de los filósofos franceses e ingleses, especialmente Rousseau y Bentham. La influencia francesa

23 Los Cronistas Felipe Guamán Poma de Ayala y Blas Valera hacen referencia a que así lo dispuso el Virrey Francisco de Toledo en una ordenanza que fue confirmada por el Rey. Aun ya avanzado el período colonial, se reconocía cierta jurisdicción criminal a los caciques sobre asuntos de indios, *Recopilación de Indias*, Ley 28, Título III, Libro VI.

24 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*.

25 Algunos autores dan una definición amplia de recepción, en el sentido de que es el traspaso de las normas legales vigentes de un medio cultural a otro. De modo que sería posible hablar de una recepción voluntaria y de otra impuesta. Ver: Zentaro Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europ. Zivilrechts in Japan*, Frankfurt-Berlín 1970, p. 19. Este criterio no nos parece exacto, ya que nos impide comprender el significado, la naturaleza de tal proceso histórico y juzgarlo convenientemente. Max Rheinstein afirma, correctamente, que la imposición de un Derecho extranjero debe distinguirse de su trasplante. Esto sería un proceso unilateral que tiene lugar cuando emigrantes o colonizadores se establecen en una zona "inexplorada y casi deshabitada", *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München 1974, p. 126-127.

26 A. Quintano Ripollés, op. cit. (nota 3), p. 47.

fue acentuada en la formación de los precursores de la emancipación y de los libertadores mismos.

Las leyes españolas permanecieron en vigor en el Perú como en el resto de América y España, hasta el siglo XIX. La emancipación (1821) si bien constituyó “un momento de emergencia nacional”, no produjo una “ruptura con el pasado, sino en el terreno sentimental y emocional” Las nuevas repúblicas americanas reconocieron, además del perfil administrativo precedente, la vigencia de cuantas disposiciones habían regido y no estaban en oposición a las nuevas leyes y recientes decretos²⁷

5. Proyecto del Código Penal de Lorenzo de Vidaurre

Una manifestación patente de la influencia francesa e inglesa en las ideas penales de la nueva república, la constituye el proyecto de código penal elaborado por don Manuel de Lorenzo Vidaurre en 1828²⁸. Publicada en Boston, la obra de Vidaurre consta de dos partes: una exposición teórica y el texto del proyecto. En la primera —que a veces es contradictoria— se nota una marcada influencia de los escritos de Beccaria, Rousseau, Filangeri, Montesquieu, Grocio, Locke, Bentham. Sostuvo que el delito es el “daño causado a la sociedad con conocimiento” que “el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero”²⁹ y que “debe ser proporcionada a los delitos”³⁰. Según él, el “principal fin de la legislación (es) evitar los medios de que se cometan los crímenes”. No consideró a la pena de muerte en el catálogo de sanciones. Si bien

27 En el artículo 18 del Reglamento Provisional de Huaura del 17 de marzo de 1821, dictado por el Libertador José de San Martín, se reconocía vigencia a todas las leyes, ordenanzas y reglamentos españoles que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados en decretos desde el 8 de setiembre de 1820 y que no hubieren sido derogados por autoridad competente. En la primera Constitución peruana de 1823, se reconoció validez a esta regla (artículo 131). En relación a las dificultades que implica el abandono de las tradiciones legales, ver: Peter H. Sand, “The harmonisation of African Law, en: *Current trends in African legal Geography: The interfusion of legal Systems*, Milano 1974, p. 117 y la bibliografía por él citada.

28 En 1823, Simón Bolívar nombró una comisión para que elaborara los códigos civil y penal y designó a Lorenzo Vidaurre como presidente, quien lo era también de la nueva Corte Suprema.

29 Proyecto de un Código penal. Contiene una explicación prolija de la entidad de los delitos en general y de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas. Al último se agrega una disertación sobre la necesaria reforma del clero, Boston 1828, p. 7 y 38.

30 Op. cit. (nota 29), p. 23.

es cierto que este proyecto fue “el primer paso legislativo” en materia penal en el Perú, no se puede afirmar de que se trató de un “código de factura irreprochable”³¹. Las disposiciones generales por ejemplo, no estatuyen de manera precisa lo que es el delito, cuales son los medios de represión y la manera de aplicarlos. En su mayor parte, son declaraciones de principio o normas de carácter procesal. Lo interesante de la obra de Vidaurre es que busca un derrotero propio. En su opinión, “los ejemplos que se pueden seguir son muy pocos” y agrega, “yo apenas hallo el Código de Francia”³². Apoyó su trabajo en las ideas en boga por entonces, y no tuvo en cuenta lo hecho en España. En los años siguientes, no volverá a reeditarse este esfuerzo tendiente a elaborar un código original partiendo del estudio y recepción de ideas europeas.

6. — *Código Penal de Santa Cruz en el estado sur peruano en la Confederación Perú-Boliviana*

De octubre de 1836 a julio de 1838 rigió en el Estado Sur-Peruano el Código penal boliviano; impuesto por el General Santa Cruz cuando constituyó la Confederación Perú-Boliviana. En la parte considerativa del Decreto de 23 de junio de 1836, se señala el inconveniente de que siguieran subsistentes las leyes españolas; la dificultad de conocer los derechos y deberes, los delitos y las penas, debido a la contradicción existente entre las leyes dictadas a partir de 1822 y las españolas; y, por último, que los “códigos civil y penal de Bolivia, en que se hallan compiladas las leyes más sabias de las naciones cultas, y acomodadas al genio, carácter y necesidades de los americanos, han producido en seis años de práctica los más felices resultados”³³.

Dicho código penal estuvo inspirado en el Código español de 1822, en el cual se nota una marcada influencia francesa, derivada del “movimiento de la Enciclopedia” y del “movimiento codificador francés”³⁴.

31 Luis Jiménez de Asúa, *Derecho penal en la República del Perú*, Lima 1926, p. 28.

32 En carta del 2 de setiembre de 1828, con la que remite su proyecto a un concurso convocado por el gobierno chileno, ver: Lorenzo Vidaurre, op. cit. (nota 29).

33 Citado por Iván Zúñiga Guardia, *La teoría jurídica del homicidio en el Código penal peruano* (Un proceso por homicidio político) Lima 1957, p. 64.

34 Quintiliano Saldaña, “Historia del Derecho penal en España”, en *Tratado de Derecho penal de Franz von Liszt*, traducido por él, T. I, Madrid s.d., p. 441.

7.— *El primer Código Penal peruano (1863) y la recepción del Código Español de 1848-50*

En las siguientes tentativas de codificación penal, se acentúa en el Perú la tendencia a seguir el modelo hispánico. Diversas comisiones se formaron para dotar al país de un código penal; pero sólo la nombrada por el Congreso en 1853 logró elaborar un proyecto. Dos comisiones revisaron este proyecto (en 1857 y 1860), antes de que fuera aprobado en 1863. En una nota de remisión del resultado de sus labores, fechada el 20 de mayo de 1859, la Comisión de 1857 reconoció haber seguido al Código Penal Español de 1848-50 por haber “creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia”, y en razón a que “estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro proyecto de aquellas acertadas disposiciones”³⁵.

El Código Español de 1848-50, modelo seguido por nuestro legislador, fue imitación del código brasileño de 1830, “copia a su vez del código napolitano, como éste lo era del francés de 1810”³⁶. El legislador no tuvo en cuenta otra ley extranjera, como lo hiciera el argentino, quien siguió de manera harto fiel el Código Bávaro de 1813, obra de Anselmo Feuerbach y el de Luisiana (a través de la exposición de Levington)³⁷.

Este apego al modelo español se nota, igualmente, en la legislación procesal penal. El código de enjuiciamientos en materia penal de 1863 tuvo como fuente inmediata a la ley española denominada Reglamento Provisional de 26 de setiembre de 1835.

A pesar de que no existen estudios profundos sobre las ideas jurídicas dominantes en los primeros cincuenta años de la república, se puede admitir con Zavala Loayza que la Escolástica, la doctrina de los Padres de la Iglesia, Santo Tomás, con su docta “Summa” formaron el arsenal del Convictorio carolino; y, después, de las universidades. El ambiente en la república se modificó poco luego que otras generaciones sucedieron a las de Vidaurre, Sánchez Carrión, Luna Pizarro, etc.³⁸.

35 Estos mismos criterios fueron sostenidos por la comisión codificadora en su exposición de motivos, ver Carlos Zavala Loayza, *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Lima 1941, p. 31.

36 Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, T.I., tercera edición, Buenos Aires 1964, p. 762; cf. Quintiliano Saldaña, op. cit. (nota 34), T.I, p. 495.

37 Luis Jiménez de Asúa, op. cit. (nota 36), T.I., p. 1015.

38 Op. cit. (nota 35), p. 25.

Esto significa que la cultura del sector dominante en el Perú era casi la misma que predominaba en España. Por lo que la importación del modelo español (código 1848-50) puede ser calificada de "recepción homogénea"; ya que la cultura del receptor no era distinta a la del país originario del código recepcionado y no habiéndose seguido sino un solo modelo, no debe ser considerada como una "recepción plural o ecléctica"³⁹.

Es cierto que el legislador peruano no realizó una transcripción literal del código español, sino que lo modificó para adecuarlo al "estado del país". Pero también es acertado afirmar que sólo tuvo en cuenta un aspecto de la realidad peruana, ignorando a la numerosa población nativa, que si bien había sido "modelada" al estilo hispánico durante la Colonia, no se podía sostener que sus "costumbres" estuvieran "vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla". Los indígenas, mayoría entonces en el país, no eran sujetos activos en este proceso de recepción, sino que la soportaban como lo hicieron con la legislación colonial.

Desde los primeros años de su entrada en vigor, magistrados y especialistas consideraron necesaria la reforma de este código. El Poder Ejecutivo nombró diferentes comisiones en los años 1871, 1873, 1877 y 1900. Entre estos intentos de reforma y los que tuvieron lugar en España existió una cierta correspondencia temporal, aunque no coincidieron totalmente en sus orientaciones⁴⁰.

8.— *Marco doctrinario y legislativo de la reforma penal peruana*

Los juristas peruanos que manejaron el código de 1863, siguieron fielmente las enseñanzas de los penalistas hispánicos⁴¹. Esto es notorio en las obras de Ricardo Heredia y de José Silva Santisteban. El primero siguió muy cerca a Francisco Pacheco "autor más destacado y principal del Código Español de 1848, quien sustentó "la doctrina expansionista" en el sentido ecléctico que Rossi defendió⁴². Silva sustentó las ideas de Ahrens y sucedió a Pedro Gálvez en

39 Sobre estos conceptos, ver: Z. Kitagawa, op. cit. (nota 25), p. 18; M. Reinstein, op. cit. (nota 25), p. 128-129.

40 Los proyectos españoles fueron los de Salmerón en 1873, de Estrada y Dávila en 1877, de la Comisión de 1879, de Bugallal en 1880, de Alonso Martínez en 1882 y en 1886, de Silvela en 1884 y de Villaverde en 1891. Ver: Luis Jiménez de Asúa op. cit. (nota 36), T.I., p. 769-770.

41 Es correcta la constatación de Andreas B. Schwarz de que "cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo". "La reception et l'assimilation des droits étrangers", en *Intruduction a l'etude de Droit comparé, Recueil des travaux en hommage d' E. Lambert*, Paris 1938, p. 598.

42 Jiménez de Asúa, op. cit. (nota 36), T.I., p. 861.

la enseñanza del Derecho Penal en el Colegio Guadalupe. Este último arregló, basándose en las teorías racionalistas de Ahrens, "el estudio del derecho natural", "acomodó el Derecho Público a nuestra forma republicana e inició el verdadero sistema del Derecho Penal"⁴³. La llamada "escuela alemana de Derecho natural", creada por Krause y difundida, principalmente, por Ahrens y Röder, tuvo a partir de 1840 buena acogida entre los teóricos peruanos⁴⁴.

A partir de 1896, se produce una reacción contra la concepción jusnaturalista y "krausista" que predominaba. Destaca Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle (1908-1911). En Derecho Penal, el "positivismo italiano" es acogido con entusiasmo. En 1899, Javier Prado Ugarteche escribe su tesis de bachiller: "El método positivo en el Derecho Penal"⁴⁵. Digno representante de esta corriente fue Oscar Miró Quesada, con su libro "Breves apuntes de Mesología criminal peruana" (Lima 1922).

Este fue el marco doctrinario nacional en el que tuvo lugar el movimiento de reforma que culminara con la promulgación del Código de 1924, hasta ahora vigente. En el plano internacional, es de señalar que en Europa se desarrollaba una intensa lucha entre escuelas penales (Clásica y Positivista) y que tenía lugar un amplio movimiento de reforma penal. En España se suceden, sin éxito, una serie de tentativas para modificar el código de 1870; en Italia entra en vigor el código de 1880 (llamado código de Zanardelli); en Francia el viejo código de 1810 es modificado por una serie de leyes parciales; en Alemania se realizan también varios intentos de reforma del código de 1870. En América Latina existe, entonces, igualmente, un movimiento de esta naturaleza. En Argentina es adaptado un nuevo Código en 1921, cuyo proyecto databa de 1916-17; en Venezuela sucede lo mismo en 1912 y en Uruguay en 1889.

Nuestro proceso de reforma se inició con el nombramiento de una comisión parlamentaria en enero de 1915. El proyecto fue elaborado por Víctor M. Maúrtua, revisado por una nueva comisión en 1921 y, finalmente, aprobado sin discusión parlamentaria en enero de 1924.

43 Estuardo Núñez, *La influencia alemana en el Derecho penal peruano*, Lima 1937, p. 13.

44 E. Núñez, desde su posición germanófila, y Ripollés, de acuerdo a su criterio hispano, no concuerdan en la razón del auge del Krausismo en el Perú. Para el primero fue "determinado no tanto... por el reflejo del krausismo español, cuanto por la influencia directa de las traducciones francesas", op. cit. (Nota 43), p. 10. Para el segundo, por el contrario, "la mercancía del krausismo era netamente española, siendo la personalidad de sus teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas", op. cit. (nota 3), p. 67.

45 Lima 1889. Diversas otras tesis de orientación positivista fueron sustentadas en San Marcos, por ejemplo, *La Sociedad y el delito* de Plácido Jiménez, Lima 1897.

9.— *El Código Penal de 1924 y el abandono de la fuente hispánica*

Las fuentes legales a las que recurrió Maúrtua fueron diversas. Conservó ciertos elementos del Código de 1863, transcribió muchas disposiciones extranjeras, ya sea de manera literal o modificándolas parcialmente, o recurrió a ellas para modificar algunas ya existentes en la legislación anterior. Algunas veces redactó, en base a una idea extranjera, una regla sin precedentes en la legislación nacional o modificó algunas ya vigentes.

Los modelos extranjeros utilizados por el legislador son, en orden de importancia, los proyectos suizos de 1915-16 y 1918, el proyecto italiano de 1921 y el código de la misma nacionalidad de 1889, el código argentino de 1921, el código uruguayo de 1889 y el proyecto sueco de 1918.

La influencia de este último es mínima; pero no irrelevante. Se refleja en la adopción del sistema días-multa (art. 20 código penal). La marca holandesa es patente en algunas disposiciones generales concernientes a la aplicación de la ley penal y sobre todo en las referentes al concurso de leyes y de delitos. En el libro tercero del Código, consagrado a las faltas, es notoria la influencia uruguayana.

La impronta italiana se halla presente sólo en la parte general del código. Del código de 1889, Maúrtua tomó, en sus líneas generales, la sistemática, consistente en tratar primero de la ley penal, luego de la sanción y, por último, de la infracción. También adoptó su sistema de penas privativas de la libertad, paralelas (prisión de dos días a veinte años y penitenciaria de un año a veinte). Proviene del proyecto italiano de 1921, elaborado por una comisión presidida por Ferri, el criterio de la peligrosidad, el sistema de índices generales subjetivos y objetivos de peligrosidad, que reemplazó al anterior sistema de agravantes y atenuantes; la relegación como medida de seguridad aplicable a los multireincidentes especialmente peligrosos y, por último, el "régimen de prisión"

La influencia más intensa e importante es la helvética. Sin exagerar se puede afirmar que se le encuentra en todos los títulos del Código, desde los primeros artículos concernientes al principio de legalidad hasta en las reglas del último libro, consagradas a la regulación de la entrada en vigor del Código y de su aplicación.

Esta influencia es particularmente nítida en lo referente a los elementos de la infracción y las medidas de seguridad. Las disposiciones suizas sobre inimputabilidad y culpabilidad han sido fielmente transcritas. Las normas peruanas sobre las causas de inculpabilidad y de justificación han sido modeladas de acuerdo a las fórmulas helvéticas; y aquellas que norman el envío a una casa

de reeducación por el trabajo de los delincuentes ociosos, o el internamiento de delincuentes ebrios habituales en un asilo y el internamiento en un hospital u hospicio de inimputables o de delincuentes a imputabilidad restringida, son directamente inspiradas de los proyectos suizos.

La mayor parte de las figuras delictivas de la parte especial de nuestro código han sido elaboradas de acuerdo a criterios suizos. También el orden en que han sido agrupadas es muy semejante al de los proyectos helvéticos: en primer lugar, los delitos contra la persona, luego aquellos que atentan contra la sociedad y, por último, los que se dirigen contra el Estado.

De esta manera el legislador nacional se alejó de la tradicional fuente hispánica. Su hasta entonces enorme influencia quedó limitada a las disposiciones del derogado código que fueron conservadas y aquellas que fueron tomadas del código argentino. En la parte especial, es más notoria la supervivencia de lo español; pero no por que el legislador se inspirara directamente en el modelo hispánico, sino porque mantuvo algunas disposiciones nacionales o incorporó algunas argentinas, o porque con frecuencia conservó, aunque de manera parcial, las anteriores expresiones castizas.

El abandono de la fuente española no fue una reacción de carácter político contra la antigua Metrópoli. Se trató más bien del abandono de una fuente en estagnación y vetusta. Los proyectos de reforma del Código español eran inferiores a los elaborados en otros países europeos. El mejor de estos proyectos, el de Montilla, fue de inspiración extranjera, precisamente suiza.

La orientación de la reforma penal no fue determinada por un cambio en la concepción jurídica nacional. Los estudios de la ley penal, de la jurisprudencia y de la realidad delictiva no habían alcanzado un buen nivel. Las críticas al viejo código eran frecuentes, sobre todo de la parte de quienes defendían las ideas positivistas penales; sin embargo, no existía un arsenal de medios que hubieran permitido una reforma sin referirse directamente a modelos extranjeros.

Los modelos utilizados pertenecían a la misma "familia jurídica"; pero se diferenciaban en cuanto a la concepción que los inspiraba. El código italiano de 1889 fue el máximo exponente de la concepción clásica, su proyecto sirvió de modelo al legislador uruguayo y fue precedido por el código holandés de igual orientación. El proyecto italiano de 1921, fue expresión de las ideas positivistas de Enrico Ferri. Los proyectos suizos constituyeron excelentes manifestaciones de la corriente ecléctica de la Política criminal (posición intermedia entre los extremos clásico y positivista).

peruano una importante influencia alemana⁵⁴.

Los elogios formulados en relación al Código pecan de exagerados. Se justifican parcialmente, si se tienen en cuenta tan sólo las innovaciones que contiene. Por ejemplo, las disposiciones sobre las medidas de seguridad y prevención, la culpabilidad, la peligrosidad, la condena condicional, la liberación condicional, la rehabilitación, el patronato, el tratamiento de menores. Pero, un análisis de conjunto de sus disposiciones revela cierta incoherencia, debida justamente a la diversidad de fuentes utilizadas. En todo caso, tampoco fue correcta la actitud extremadamente crítica de los magistrados. Las mismas instituciones loadas por los juristas, fueron consideradas como el resultado de una "doctrina exagerada y peligrosa", cuya aplicación es utópica y que producirá consecuencias funestas"⁵⁵.

11.— *Enjuiciamiento de la obra del legislador de 1924 y la asimilación del Derecho recepcionado*

El legislador nacional no recepcionó mecánicamente las disposiciones extranjeras, sino que trató de adecuarlas a la realidad del país; prefirió a aquellas que tuvieran un precedente en la legislación vigente y, muchas veces, utilizó en la redacción de la nueva disposición el giro nacional o mantuvo en parte su contenido. De esta manera logró, a pesar de las innovaciones que introdujo, una cierta continuidad legislativa.

El afán de nuestro legislador tendiente a tener en cuenta la realidad nacional es notorio cuando toma en consideración, aunque imperfectamente, las diferencias existentes entre los habitantes del país. Lo hace en primer lugar, estableciendo una medida de seguridad para los salvajes (pobladores primitivos de la Amazonía) y para los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo. Se trata de la "colocación en una colonia penal agrícola" en sustitución de la pena privativa de la libertad que se les hubiera

54 La posición de este autor peca de parcial. Si existe una influencia germánica en el Código peruano es debido a que los proyectos suizos se inspiraron en las doctrinas alemanas. Esto era natural por estrechas relaciones culturales que existen entre los cantones suizos de habla alemana (constituyen la mayoría) y Alemania. Ver: José Hurtado Pozo, *L'influence de la législation pénale suisse sur le code pénal péruvien (partie générale)* Bienne 1972.

55 Ver: Memorias de los Presidentes de la Corte Suprema, Lizardo Alzamora y Carlos Washburn, en: *Anales Judiciales*, Lima 1923, p. 238 y 1924, p. 265.

impuesto⁵⁶.

En segundo lugar, es de notar que estatuyó como delito independiente el sometimiento a servidumbre o situación análoga de cierta clase de indígenas (arts. 225 y 226)⁵⁷.

Lo criticable en la obra del legislador peruano no reside en el hecho de que haya desertado de lo hispánico, si no el no haberlo realizado de mejor manera⁵⁸. Es decir, partiendo de un mejor conocimiento de nuestra realidad y de las concepciones jurídicas contenidas en las disposiciones que recepcionaba. Esto le hubiera permitido realizar una obra coherente y adecuada a nuestro medio. Debió comprender que para una correcta asimilación de las ideas contenidas en dichas normas era indispensable facilitar el acceso de los juristas y magistrados nacionales a las fuentes doctrinarias de donde procedían, ya que, precisamente, su introducción no había sido precedida por su asimilación de parte de los especialistas.

Esta labor hubiera encontrado barreras casi insuperables entonces. Primero, porque la principal fuente legal empleada, la suiza, consistía en proyectos que

56 En relación con los selvícolas, el codificador actuó como "abanderado de la civilización", ya que dispuso que "cumplidos los dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiera sido cometido por un *hombre civilizado*, podrá el delincuente obtener libertad condicional *si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse*. Encaso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los 20 años". Respecto a los indígenas, su actitud fue netamente paternalista. Considera a los que eran semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo como incapaces relativos. Esto hace recordar que la comisión reformadora del código civil consideró entre los incapaces relativos a los indígenas que no supieran el castellano y a los selvícolas. Ver: *Revista del Foro*, Lima 1924, p. 356. Este criterio tiene un antecedente en la opinión que prevaleció para la organización de las *encomiendas* en la Colonia: el indio debía ser sometido a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiera los beneficios de la fe y de la civilización. Ver: Carlos Aurelio León, "El problema indígena en el Perú", en: *Revista del Foro*, Lima 1924, p. 368.

57 La ineficacia de estas disposiciones no deben sorprender ya que este tipo de relaciones de dependencia personal no pueden ser combatidas sin destruir las condiciones socio-económicas que las generan.

58 Quintano Ripollés calificó al Código peruano de "cuerpo legal exótico" y que comportaba un "grave desarraigo" de las costumbres peruanas tan ligadas a las españolas: op. (nota 3), p. 151. Este autor parte de la idea de que "España no es tanto la fuente como el vehículo receptor de las ideas dirigentes en América, un crisol mas bien, en el que en muchas ocasiones se reelaboran ajenas doctrinas adecuándolas a la perspectiva nuestra, a la manera de pensar, de decir y de sentir hispánica" (p. 83). En pocas palabras, presupone un cierto tutelaje cultural. Lo que se revela cuando dice: "al trasplantar al suelo de América las nuevas ideas germánicas, los universitarios españoles. . . las hacen, a la vez, más idóneas para fructificar en gentes de nuestra raza, nuestra fe y nuestra lengua" (p. 83), cuando refiriéndose al krausismo dice que "era netamente español, siendo la personalidad de sus grandes teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas" (p. 67).

no habían sido estudiados orgánicamente⁵⁹.

Por estas razones no se dio con facilidad, como en el caso de la recepción de la ley española en el código de 1863, la recepción de las ideas jurídicas de los países de donde provenían las disposiciones del nuevo código. Así queda confirmada que las recepciones de naturaleza "plural o ecléctica" producen "leyes huérfanas".⁶⁰

Sin obras teóricas que orientasen a los jueces y sin los elementos materiales y administrativos indispensables, fue natural que las nuevas reglas no fueron aplicadas en un buen número⁶¹. Es el caso, por ejemplo, de aquellas concernientes a las medidas de seguridad⁶², al concurso de leyes y de delitos⁶³ y a los delitos contra la seguridad pública⁶⁴. Esto parecería que es la confirmación de la crítica formulada por los magistrados respecto al carácter "utópico" de muchas disposiciones del código. Sin embargo, este criterio era exagerado y fue utilizado con el propósito de impedir la incorporación a nuestro derecho de nuevas instituciones, como la condena y la liberación condicionales, las medidas de seguridad y de prevención, el moderno tratamiento de los menores delincuentes, etc. Por el contrario, esto debió ser ocasión para exigir una "vocatio legis" lo suficientemente extensa, para que se estudie la nueva ley y se organicen con relativa tranquilidad las condiciones materiales mínimas para su aplicación. Debió servir, igualmente, para subrayar la necesidad de repensar, conforme a nuestra realidad, las disposiciones a recepcionar y de realizar los estudios criminológicos indispensables. La principal enseñanza de Mártua, autor del proyecto, no ha sido tomada en cuenta. A su manera, enseñó el camino a seguir: recurrir directamente a las fuentes extranjeras (legislación y doctrina) y

59 Ver: *Comentarios al nuevo Código penal*, Lima 1926; *Derecho penal. Parte general*, Tomos I-II, Lima 1936; *Derecho penal especial*, Tomos I-II, Lima 1938.

60 Peter H. Sand, op. cit. (nota 27), p. 122.

61 Según Manuel G. Abastos, el raro destino del código penal es el de "envejecer sin haber sido aplicado". El delincuente en el código de Mártua, en: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima 1937-8.

62 Ningún gobierno ha hecho un esfuerzo serio para construir los locales adecuados. Esto es comprensible debido a la debilidad económica de nuestro Estado. Además, es de considerar que la diversidad de locales previstos no estaba de acuerdo con nuestra realidad. Si de tal esfuerzo económico no fue capaz Suiza, menos lo sería el Perú. La imposibilidad de aplicar las penas y medidas de seguridad de acuerdo al Código penal, originó en Suiza el proceso de reforma que culminó con la ley federal del 18 de marzo de 1971. Ver: José Hurtado Pozo, op. cit. (nota 54), p. 149 a 168 y bibliografía citada.

63 La solución de estos casos por la jurisprudencia tiene lugar casi siempre, mediante criterios que no son los plasmados en las disposiciones respectivas.

64 Las disposiciones que reprimen estas infracciones constituyen una reproducción fiel del modelo helvético, por lo que resultan en gran parte inadecuadas a la realidad socio-cultural nacional.

tener presente la realidad nacional. Los magistrados han seguido empleando en la aplicación de las nuevas disposiciones sus esquemas mentales caducos. Los juristas, con raras excepciones, no han asimilado correctamente las concepciones jurídicas que se hallan implícitas en las normas recepcionadas⁶⁵. El legislador no ha continuado en el camino que se había trazado; no ha podido elaborar una "política criminal" racional y no ha impulsado los estudios sobre nuestra realidad delictiva⁶⁶. En buena cuenta, se limitó al "acto legislativo de la recepción" y descuidó totalmente la segunda fase de todo proceso receptivo, consistente en la asimilación; es decir, en la real aplicación de las instituciones incorporadas al Derecho nacional⁶⁷.

Que esta situación del derecho penal peruano, que es parte de la "cultura nacional" sea el resultado fatal del estado de dependencia socio-cultural que caracteriza nuestra condición de país subdesarrollado, puede ser discutido. Pero es evidente que en este dominio carecemos, hasta ahora, de "fuerza creadora" que las actividades son de naturaleza "predominantemente imitativa" y que en él impera la "improvisación"

65 Esta falta de asimilación de conocimientos, base para la elaboración de una concepción propia (no necesariamente original), no es el monopolio de los juristas. En el dominio de la filosofía lo ha destacado David Sobrevilla, op. cit. (nota 13), p. 65.

66 En las universidades, el estudio de la Criminología es, casi siempre, puramente teórico.

67 Sobre la recepción del derecho extranjero en Turquía y la actitud gubernamental, ver Ernest E. Hirsch, "Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht," en: *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge*, p. 107 y s.

SUMARIO

Poema.	JAVIER SOLOGUREN	IX
Mundo y Derecho.	JOSÉ LUIS BUSTAMANTE Y RIVERO	1
Jorge Basadre, Perú: Problema y posibilidad.	BENJAMÍN CARRIÓN	9
La apertura del signo jurídico (Preliminares de una semiótica jurídica lingüística).	ROQUE CARRIÓN W.	17
Sobre Eguren.	LUIS JAIME CISNEROS	45
Sobre el modo de producción de la literatura indígena.	ANTONIO CORNEJO POLAR	51
Los comunistas y el movimiento obrero: Perú, 1930-1931.	JOSÉ DEUSTUA, ALBERTO FLORES GALINDO	61
Menéndez Pelayo y los heterodoxos españoles.	RICARDO DONOSO	89
Jean Jaures y el socialismo.	JORGE DULANTO PINILLOS	99
Derecho constitucional y ciencia política.	DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE	103
Asia as seem by a spanish intellectual: Pardo-Bazán.	RONALD HILTON	121
La recepción del derecho penal extranjero en el Perú y la cultura de la dominación.	JOSÉ HURTADO POZO	129
La Escuela de Ingenieros y la minería.	JOSÉ IGNACIO LÓPEZ SORIA	149
La rehabilitación novelesca de un antiguo cronista de Indias: Pedrarias de Alместo.	ALESSANDRO MARTINENGO	171
Historia y teoría en la obra de Jorge Basadre.	FRANCISCO MIRÓ QUESADA	191

<i>Lima en la realidad peruana según los viajeros extranjeros.</i>	ESTUARDO NÚÑEZ	207
<i>Técnica e ideología en "Yawar Fiesta".</i>	ROBERT PAOLI	215
<i>José Carlos Mariátegui et l'internationale communiste deux Temoignages inédits.</i>	ROBERT PARIS	237
<i>Formas jurídicas de la explotación del guano.</i>	LUIS PÁSARA	247
<i>Revistas peruanas de este siglo.</i>	BRUNO PODESTÁ	263
<i>Dos interpretaciones del pensamiento latinoamericano: El Río de La Plata y la América Latina.</i>	MARÍA ELENA RODRÍGUEZ DE MAGIS	273
<i>El Perú en las obras de Arnold J. Toynbee.</i>	PETER J. SEHLINGER	281
<i>La vida y la historia. Consideraciones sobre las memorias de Jorge Basadre.</i>	DAVID SOBREVILLA	289
<i>La influencia italiana en el marxismo de Mariátegui y en los siete ensayos de interpretación de la realidad peruana.</i>	MALCOLM SYLVERS	313
<i>Con Jorge Basadre.</i>	LUIS E. VALCÁRCEL	333
<i>Art Nouveau: momento histórico republicano.</i>	HÉCTOR VELARDE	337
<i>La filosofía de la historia de Latinoamérica.</i>	LEOPOLDO ZEA	341