

José Hurtado Pozo

La ley importada

Cedys, Lima 1979

Presentación

Nuestras leyes han sido frecuentemente inspiradas por -cuando no copiadas de- la legislación extranjera. Esta forma de producción legal revela algo más que la tendencia imitativa de la clase dominante con respecto a la metrópoli y su explicación tiene que ir más allá de la referida a nuestra condición de dependientes.

Explicar por qué ocurre la 'importación' de la ley y cuáles han sido sus efectos, se convierte así en una cuestión esencial para la comprensión científica del derecho dentro de nuestro proceso social. Es una manera de preguntarse por qué nuestro derecho no es propio y cuáles han sido las consecuencias sociales de ello. La respuesta -como es obvio- interesa a un público más amplio que el de los profesionales del derecho.

Al intentar este análisis en el área del derecho penal, centrando su atención en el código penal vigente, este libro es una primera respuesta, que contiene hipótesis con fuerza explicativa, que van bastante más allá del ámbito de lo penal y que deben provocar análisis similares en otros terrenos. Para alcanzar ese nivel, el autor ha combinado su dominio profesional de la materia con una preocupación más ambiciosa: comprender el derecho más allá del texto legal. Esto es lo que nos propone, al estudiar críticamente la recepción del derecho penal en el Perú.

Este volumen muestra bien lo que se propone el CEDYS como tarea institucional: un diagnóstico sistemático acerca del rol del derecho en nuestra sociedad y una explicación del significado que tiene la legalidad en términos de poder, relaciones económicas y conflictos sociales.

Otros colaboradores del Centro aportaron su contribución al trabajo de José Hurtado, a fin de hacer posible el enfoque del derecho desde las ciencias sociales. Oscar Castillo, Alonso Zarzar y Patricia Iturregui tomaron parte en distintas etapas de la investigación cuyos resultados recoge este libro.

La difusión del derecho como fenómeno social

Sociología jurídica y recepción

Casos históricos de difusión del derecho

La recepción como proceso social

Sociología jurídica y recepción

En sociología, el derecho es considerado como un fenómeno de la realidad social y que puede ser conceptualizado como hecho e investigado empíricamente. En esta perspectiva, se comprende al derecho como un conjunto de modelos de conducta que regulan la vida comunitaria de las personas, creando así las condiciones para que se desarrolle en tranquilidad. De allí que el objeto de investigación de la sociología jurídica sería determinar la formación del derecho como producto y expresión de la vida social, de sus condiciones de existencia, de su manera de funcionar y de sus repercusiones en las formas de la misma vida social (Raiser 1973 : 3).

El derecho existe y subsiste en un equilibrio delicado con las condiciones que caracterizan a la sociedad en la cual aparece (Carbonnier 1969 : 78). Sin embargo, esto no significa que el derecho sea fatalmente determinado, que sea el resultado históricamente causado por una formación social específica. Por esta razón, no debe ser concebido como un reflejo de las condiciones materiales de la sociedad, ni se puede reducir la relación jurídica a la relación económica (Poulantzas 1967 : 136; Korsch 1969 : 15).

El derecho actual, tal como lo conocemos y vivimos, es el resultado de una larga evolución y sus características (**p. 12**) de formalidad, abstracción y tipicidad de la norma jurídica, lo diferencian de los sistemas jurídicos anteriores a la Edad Moderna (Cerroni 1972 : 9). Estas características son sólo comprensibles, de manera correcta, cuando se tiene en cuenta que nuestra sociedad no está conformada por señores y esclavos o propietarios y siervos de la gleba, sino por "sujetos de derecho". Esto último hace posible y necesario un despliegue general de la regulación normativa de las acciones o conductas "libres y voluntarias" de los sujetos jurídicamente iguales. La sistematización normativa del derecho moderno, como afirma Cerroni, está en función de la objetiva trama material de la sociedad. Dicho de otro modo, "en un Estado moderno, el derecho no sólo debe corresponder a la situación económica general y ser su expresión; sino que debe ser también una expresión coherente en sí misma y que no se desacredite a sí misma mediante contradicciones internas" (Carta de F. Engels a Conrad Schmidt del 27 de octubre de 1890, citada por Poulantzas 1967 : 160).

Esta observación sociológica del derecho se completa con el planteamiento de las repercusiones que el sistema jurídico ejerce, a su vez, sobre las condiciones materiales de la sociedad en que se forma. De modo que lo jurídico sirve, también, para fijar los límites de lo económico al interior del sistema social, en donde lo económico no es determinante sino en última instancia.

Mediante el derecho se trata de orientar, coercitivamente, el comportamiento de los miembros de la sociedad. Con este objeto, se reglamentan las instituciones y se prohíben u ordenan ciertas clases de conducta. De esta manera, se busca consolidar, proteger y fomentar determinadas formas concretas de la vida comunitaria.

El derecho es una de las vías para alcanzar este objetivo. Forma parte de una red que se extiende por toda la sociedad y que está constituida por normas de diferente naturaleza (morales, religiosas, del buen comportamiento, etc.). Este sistema comporta amplios efectos de poder que sujetan, dirigen, disciplinan, sancionan y controlan a los miembros de la comunidad. Las diversas ramas del ordenamiento (**p. 13**) jurídico son medios graduales para alcanzar este objetivo; el derecho penal es el recurso extremo.

Esta visión, que puede ser esquematizada señalando al derecho como un medio de control social, no implica admitir que el derecho es una mera técnica, un "instrumento", al servicio de un grupo o clase social. Por esto sería preferible evitar la metáfora "el derecho es un instrumento al servicio de la clase dominante". Su empleo puede hacernos creer que la mejor manera de designar al fenómeno jurídico, con las características que asume en la Edad Moderna, es la expresión "derecho burgués". Lo que implicaría, como señala correctamente Cerroni (1972 : 9), cierta indulgencia con las tendencias aún fuertes- que refieren los caracteres propios del organismo jurídico moderno a una "voluntad de clase",

de la burguesía, y lo reducen enteramente a un mero "instrumento" forjado por la clase dominante. De esta manera se harían difusas las relaciones objetivas que el derecho y el Estado político-representativo mantienen con la específica estructura de las relaciones socioeconómicas de la época moderna.

Si el derecho no es un agregado artificial a la sociedad donde rige, sino que es un producto de las condiciones que caracterizan a dicha sociedad, aparecería la introducción de una ley o un código foráneo en la vida de otra sociedad como un hecho extraño, contrario a los "cánones" que gobiernan el desarrollo de los fenómenos sociales.

Sin embargo, esto no es así. La recepción o introducción, parcial o total, de un derecho extranjero en otro medio social diferente al que lo produjo, es, también, un fenómeno social que debe ser explicado y analizado a través del estudio de las condiciones materiales y sociales que lo provocan. De allí que, en lo que atañe al derecho de sociedades como la nuestra, formado en gran parte a base de la reproducción más o menos fiel de modelos foráneos, no se puede decir que es un "derecho nacional sólo de nombre", "artificioso y extranjero en substancia" (Miró-Quesada 1911 : 3). Afirmaciones como ésta enmascaran el problema, ya que sostenerla implica desconocer el proceso social de la formación de nuestro derecho, descuidar (p. 14) el análisis de las causas que condicionan su formación y, por último, no tener en cuenta que el derecho no sólo debe ser estudiado como un sistema normativo, sino también en su aplicación por parte de jueces, abogados y legos en general.

En este trabajo, trataremos de mostrar cómo la recepción del derecho penal foráneo es expresión, justamente, de la evolución sociocultural de nuestro país.

Casos históricos de difusión del derecho

El derecho forma parte de la cultura. Como en el caso de todos los demás elementos de esta totalidad, heterogénea y multifacética, el derecho puede difundirse, es decir, transferirse de un grupo social a otro. Mediante este proceso, "la humanidad ha podido centralizar -como dice Linton (1965 : 316)- su capacidad inventiva". Al hacer desaparecer la necesidad de que toda cultura vaya perfeccionando por sí misma cada paso dentro de una serie inventiva, la difusión ha facilitado su evolución global y el enriquecimiento de las culturas individuales.

El proceso de difusión se realiza de diferentes maneras. Si observamos únicamente la época moderna, numerosos intercambios se han producido en el dominio del derecho entre los diferentes países que conforman la comunidad europea, algunos de los cuales han llevado e impuesto su derecho a otros pueblos. Importado de esta manera, el derecho ha sufrido, en el curso de su adaptación al nuevo milieu, simples modificaciones o una profunda evolución. Esto es notorio en los casos en que son marcadas las diferencias sociales y culturales existentes entre los grupos sociales que han creado el derecho y la comunidad en donde es introducido.

El caso más estudiado y con el que, en realidad, comienza a plantearse la problemática de la importación de derecho foráneo, es la recepción del derecho romano en Alemania. El fenómeno tuvo lugar a fines de la Edad Media, y consistió en la adopción por parte de los germanos de la "ciencia jurídica europea", tal como se había ido formando desde el siglo XII, en las universidades italianas (p. 15) y francesas, preferentemente en la de Bolonia. Esta labor, realizada por los glosadores y post-glosadores luego del descubrimiento del Corpus iuris, tuvo como resultado que se descartasen del derecho romano los elementos específicos que lo vinculaban a su tiempo. La recepción del derecho romano fue un proceso largo, acorde con las transformaciones consecutivas al período de transición de la sociedad germana del sistema feudal al capitalista (Papachristos 1975 : 10). El derecho que así se creaba en Alemania, era un derecho idóneo para garantizar la libertad contractual y el derecho de propiedad. Como muy bien sostiene Wieacher (1957 : 93), las condiciones y el transcurso de la recepción del derecho romano sólo podrán ser esclarecidas teniendo en cuenta y relacionando las grandes crisis que conmovieron y transformaron, en sus cimientos, todos los dominios de la vida alemana a comienzos de la Edad Moderna; ya que, como sostiene este mismo autor, "mientras que estas luchas y polémicas dejaban al Imperio desgarrado y en la agonía, únicamente los principios territoriales en todas partes resultaron, en cambio, fortalecidos, y, con ello, la instancia que exigía más fuertemente la cientificación y la racionalización de la vida jurídica" (1957 : 94).

Debido al período de transición en que se efectuaba la recepción del derecho romano, éste jugó un rol contradictorio : de un lado, facilitó el advenimiento de un nuevo grupo social -la burguesía-, por contener el marco jurídico que condicionaba su aparición y desarrollo y, de otra parte, no modificó la situación en que se encontraban los campesiones en relación con la nobleza. La nobleza alemana

aceptó el derecho romano, lo que determinó que éste se conservase como derecho común alemán hasta fines del siglo XIX, época en que la nobleza perdió el poder político.

Este rol contradictorio del derecho romano se comprende debido a la coexistencia de dos modos de producción opuestos. Las aspiraciones de la emergente burguesía de contar con un derecho codificado, idóneo para asegurar la propiedad individual y la libertad contractual, encontraban suficiente satisfacción en el derecho romano. De **(p. 16)** otro lado, la recepción de este derecho "no comprometía la hegemonía económica, política e ideológica de la nobleza alemana" (Papachristos 1975 : 14), lo que repercutió directamente y sobre todo en los campesinos. Koschaker señala al respecto que "ciertos círculos y grupos del pueblo alemán rechazaron el derecho romano, porque lo consideraron, debido a que en sí mismo o en su aplicación concreta estaba contra sus intereses, como socialmente injusto. Es conocido, en especial, el movimiento campesino del siglo XVI de inspiración socialista" (1966 : 155).

La recepción del derecho romano en Alemania significó la "reactivación" de un sistema jurídico pasado. No tuvo lugar mediante la puesta en urgencia de ese derecho a través de un acto legislativo. Se trató más bien de un largo proceso de asimilación, que puso de relieve, en primer lugar, la imposibilidad de que por un mero acto de voluntad del legislador puedan elaborarse todos los elementos determinantes de un derecho; y, en segundo lugar, que éste es una integración cultural de estratificación sumamente compleja, resultado de procesos colectivos históricos, sociales, éticos, intelectuales y psicológicos (Wieacker 1957 : 91 y 187).

En la Epoca Moderna, a la cual corresponde nuestro derecho, caracterizada por las grandes codificaciones, tuvo lugar otra forma de difusión de derecho. Esta vez se trató de la legislación francés, especialmente el Code Civil y el Code Penal. La difusión de estos códigos fue favorecida por la consolidación y desarrollo del Imperio napoleónico. A medida que Napoleón anexaba países y territorios, ponía en vigencia los mencionados códigos. De esta manera, él hizo de la introducción del derecho francés un instrumento eficaz de su política, tendiente a la formación de una sociedad europea liberada del feudalismo. El Code Civil se ajustaba, a las condiciones económico-sociales de la época, circunstancia que explica por qué, aún después de la caída de Napoleón, los países sometidos conservaron, **(p. 17)** parcial o totalmente, la legislación impuesta y que otros países la adoptaran libremente (Schnitzer 1969 : 128).

El caso más notorio es el de Bélgica, en donde el código napoleónico fue introducido a resultas de la dominación francesa y desde entonces permanece en vigencia con algunas modificaciones de orden técnico.

Semejante a esta imposición de un derecho es la que realizaron los países colonizadores europeos cuando sometieron, por la fuerza, a los pueblos de América, Africa y Asia. La colonización comportó la incorporación de diversas zonas geográficas al nuevo sistema económico que se consolidaba, primeramente, por el auge de los países europeos y, luego, por el desarrollo de los Estado Unidos de Norte América.

En el caso peruano, esta forma de imposición de un Derecho foráneo fue la conquista española del Imperio Incaico y de su sometimiento. Lo que este hecho significó en el campo del derecho, será materia de estudio particular en el primer capítulo de este trabajo.

De esta forma de difusión del derecho se distingue claramente el caso denominado "transplante de derecho", que tiene lugar cuando un grupo de personas abandona el lugar donde mora para instalarse en una zona inhabitada o poco poblada. Se trata, en los hechos, del desplazamiento del derecho, que tiene lugar por la necesaria supervivencia de las formas culturales que adquirieron los inmigrantes en su comunidad de origen. Ejemplo típico son los inmigrantes ingleses que llegaron a Norte América. Inmigrantes que por pertenecer a sectores populares practicaron, en los inicios de la colonización, un derecho popular diferente al derecho oficial imperante en Inglaterra (Papachristos 1975 : 92). Respecto de los aborígenes, es de tener en cuenta que la ocupación de sus territorios por parte de los inmigrantes tuvo como resultado su degradación, la destrucción de su cultura. Dos características de la vida indígena se opusieron a los hábitos europeos de los pioneros, y a la cultura americana que se originó a partir de las antiguas costumbres y de las nuevas condiciones de vida. Dichas características fueron su estructura social **(p. 18)** de orden tribal y sus concepciones diferentes con respecto a la propiedad y utilización de las tierras (posesión común) (Keith 1976 : 19).

Una situación totalmente diferente se advierte en el caso de los países políticamente independientes que deciden, por propia iniciativa, importar, total o parcialmente, el derecho creado por otro país de cultura diferente. Este fenómeno se ha producido, con cierta frecuencia, desde comienzos del siglo

XIX. Así, por ejemplo : recordemos, en el caso del Japón, la adopción del derecho europeo - principalmente francés y alemán- tras la Revolución Meiji (1878). De este modo, el Estado imperial que se formó buscó crear, prontamente, los marcos jurídicos que las transformaciones socioeconómicas exigían. Dichas transformaciones consistían en el abandono del sistema feudal y el desarrollo económico moderno que llevaron al Japón a competir con los países occidentales (Papachristos 1975 : 24-26).

Sin embargo, el caso más expectante es el de Turquía. Allí, el gobierno surgido de la Revolución Komalista recepcionó en bloque el derecho europeo. Por ejemplo, adoptó el código civil suizo, casi sin modificaciones. El objetivo del nuevo Estado era modernizar y laicizar al país. Lo que se concretaba en la implantación de un sistema jurídico que no obstaculizase sino que favoreciera el desarrollo económico de Turquía, conforme al modelo de los países que le proporcionaban las formas jurídicas. Mediante esta recepción, se "favorecía la evolución del modo de producción capitalista". La aceptación de la "sociedad anónima, el préstamo con intereses, la teoría general de las obligaciones, la propiedad individual de tipo moderno, el matrimonio civil, la abolición del divorcio unilateral, etc., constituían disposiciones jurídicas que, rompiendo con el pasado, colocaban las bases de una sociedad industrial y liberal". Y "el carácter laico del derecho importado contribuía a la ruptura con el pasado feudal y teocrático, mediante la substitución de un nuevo sistema de valores al sistema tradicional estrechamente vinculado al Islam" (Papachristos 1975 23-24).

(p. 19) En América latina se ha dado, igualmente, un fenómeno de la misma naturaleza. Luego que los españoles y portugueses impusieron sus derechos mediante la colonización, las nuevas repúblicas independientes organizaron sus sistemas jurídicos adoptando, libremente, los códigos vigentes en las antiguas metrópolis o los códigos napoleónicos. Así, por ejemplo, el código civil de Haití (1826), de Bolivia (1831), de Chile (1835), del Ecuador (1861), del Uruguay (1868), de la Argentina (1869), de Colombia (1887), constituyen versiones fieles del código civil francés.

En nuestro país la situación no fue diferente a la de los restantes países latinoamericanos: el código civil de 1851 tuvo como modelo el código civil de Napoleón. El código penal de 1863 fue, por el contrario, de directa inspiración española.

Cuando se importa una rama completa del derecho de un país -por ejemplo, el código civil o penal-, se habla en teoría de una recepción total. El caso más notorio es la recepción del código civil suizo, casi sin alteraciones, en Turquía. Si lo recepcionado sólo es una regla determinada o un instituto determinado, se considera que es una recepción parcial (Pritsch 1957: 131; Rheinstejn 1974: 128; Schnitzer 1961: 54).

El conjunto sistemático de reglas o la regla aislada importados pueden provenir de un país cuya cultura, debido a vinculaciones históricas, sea similar o semejante a la del país recepcionador. Si éste es el caso, estamos ante la denominada "recepción homogénea", dado que se hablará de "recepción heterogénea", si ambos países son culturalmente distintos. A esta última clase pertenece, sin duda, la recepción del derecho civil de Suiza (país de cultura occidental cristiana) en Turquía (país de cultura profundamente islámica en el momento de la recepción). Lo mismo puede decirse de la adopción del derecho europeo en los países asiáticos (Japón, China). La adopción de los códigos napoleónicos en el resto de países europeos, en cambio, constituyó una recepción homogénea.

Por último, se distingue asimismo, entre los casos en que el país recepcionador de un conjunto sistemático de **(p. 20)** disposiciones o de una sola ley escoge el derecho de un solo país como fuente o tiene en cuenta a dos o más. Para designar el primer caso, se utiliza la expresión "recepción pura" y para el segundo, "mixta" o "ecléctica". El caso turco constituye una recepción pura del derecho civil suizo, mientras que puede ser calificada como ecléctica, por las razones que analizaremos más adelante, la realizada por el legislador peruano al elaborar el código penal vigente.

La recepción como proceso social

La recepción es la adopción consciente de un derecho, surgido y desarrollado en un clima sociocultural determinado, por parte del legislador de otra sociedad como derecho vigente de ésta.

Así comprendida la recepción, y teniendo en cuenta que se trata de un caso de difusión cultural, como hemos señalado anteriormente, cabe constatar que, actualmente, constituye un medio al cual recurren con frecuencia los legisladores con el fin de reformar o reestructurar sus sistemas jurídicos. Sin embargo, la complejidad del fenómeno de la recepción no puede ser reducida al simple acto legislativo. Incurrir en este error significa no tener en cuenta su naturaleza de hecho social, cuyas

causas deben ser explicadas y sus efectos debidamente apreciados. Es decir, que no puede ser tratado como un hecho jurídico, consistente en una técnica legislativa o un medio de unificación o de uniformación de los derechos de diversos países. Por el contrario, debe ser observado como un proceso social cuyo estudio global permita esclarecer la naturaleza y fuerza de las vinculaciones entre países, la formación y desarrollo de los sistemas jurídicos nacionales y la interrelación entre el ordenamiento jurídico positivo y su real aplicación.

Entre los especialistas se discute acerca de qué es lo recepcionado : códigos, leyes, disposiciones aisladas o concepciones jurídicas, ideales, pensamientos fijados en dichas normas. En nuestra opinión, esta polémica carece casi de sentido ya que unos y otros términos son aspectos (p. 21) de un mismo hecho cultural. Las normas legales, por su propia naturaleza, no están constituidas por un simple aspecto formal sino que cuando son elaboradas se concretiza una manera de comprender la situación que se regula, los fines e intereses en conflicto y el contexto social general. Cuando un legislador opta por importar un código o una ley, lo hace justamente porque asume su significación cultural, ideológica. Al recepcionar la ley foránea busca, precisamente, poner en vigencia en su medio social la concepción o el pensamiento jurídico que la inspira.

La mencionada discusión se explicaría más bien por los criterios diferentes que defienden los especialistas en torno a si se debe hablar de recepción sólo cuando el derecho foráneo importado ha sido asimilado. En este sentido, Hirsch (1966: 91 y s) dice que en la medida que las normas legales importadas sean obedecidas y colmada así la expectativa del legislador, "pierde el bien cultural, fijado en vestimenta local pero procedente del extranjero, su carácter "foráneo" y puede ser tenido por aceptado y no sólo por importado; es decir, por recepcionado". Por el contrario, Kitagawa (1970 : 21 y 22) sostiene que "la asimilación o sea el ajuste del derecho importado a la vida jurídica del país recepcionador puede ser tratada mejor separadamente de la recepción cuando se estudia la problemática de ésta", y que la concepción sociológica de la recepción debe recurrir a criterios de valoración oscuros al vincular la recepción a un proceso social sin fin. Como ejemplo de esta imprecisión señala la posibilidad de que el "bien cultural importado pierde su carácter foráneo en la Dogmática y en la Jurisprudencia, pero continúa siéndolo para los demás".

No es que la perspectiva sociológica en el tratamiento de la recepción sea inconveniente o errónea. Tampoco es correcto hacer depender de la asimilación del derecho importado la amplitud conceptual de la recepción. Lo cierto es que en la historia de las sociedades se han importado y se importan, mediante actos legislativos, conjuntos de normas o disposiciones aisladas que constituyen esfuerzos para encuadrar, regular la vida comunitaria. Y aún cuando estos esfuerzos se hayan reducido al solo acto (p. 22) legislativo, debe considerarse este hecho como recepción de derecho foráneo. Pero, esto no debe significar nunca la limitación del estudio a la constatación formal de las normas importadas sino que es necesario analizar las causas que lo provocaron y las que determinaron que fueran o no asimiladas.

En todo proceso de recepción se deben distinguir, claramente, tres etapas. La primera está constituida por las circunstancias socioculturales que deciden al legislador para importar un derecho foráneo. Aquí se trata, en buena cuenta, de analizar el contexto en donde tiene lugar el acto legislativo de la recepción. Es decir, la situación cultural, en general, y el sistema jurídico, en particular, del país recepcionador, comparándola, en lo posible, con la situación del país exportador. De esta manera, se determinarán los factores políticos, religiosos, lingüísticos y personales que influyeron en la actitud del legislador.

La segunda etapa es el acto legislativo mediante el cual se pone en vigencia, en el país recepcionador, un complejo de normas jurídicas. Para que sea esto posible, es necesario que el derecho a adoptar se encuentre concretado en fórmulas expresas y escritas. De allí que Koschaker afirme, correctamente, que sin "Corpus iuris no hubiese existido la recepción del derecho romano en Alemania" y que, asimismo, por esto "no es recepcionable el derecho angloamericano, pues nadie puede pensar seriamente en introducir como fundamento del nuevo derecho los miles de volúmenes que contienen innumerables sentencias, en las cuales ese derecho se ha cimentado en forma de Case Law" (Koschaker 1966 : 161; cfl Ayiter 1954 : 151). Por esta razón, es fácil comprender por qué el Japón, a pesar de sus estrechas y especiales vinculaciones con los Estados Unidos de Norte América, recepcionó el código civil alemán y no el derecho de aquel país. No obstante, se debe reconocer que el derecho consuetudinario a través de comentarios autorizados y leading cases puede alcanzar una fijación relativa, y de esta manera servir como modelo a legisladores extranjeros (Kitagawa 1970 : 17). Después de la Segunda Guerra Mundial, se adoptaron en el Japón algunos aspectos del derecho constitucional americano. Lo (p. 23) mismo sucedió en los casos de derecho

procesal penal y de derecho comercial pero generalmente a través de leyes existentes en los Estados Unidos.

El estudio de esta segunda etapa de la recepción -la del acto legislativo- deberá analizar el texto legal adoptado y compararlo con la ley extranjera, a fin de determinar la fidelidad con que ha sido trasladada y así poder detectar, primeramente, la corrección de la traducción, del texto original si ha sido necesaria, y, luego, el esfuerzo desplegado para concorderla con el resto del ordenamiento jurídico y, sobre todo, para adecuarla a la realidad del país receptor.

La tercera etapa consiste en la asimilación del derecho importado a la vida del país receptor. Esta asimilación puede ser parcial o total, o bien puede no darse del todo. Sin embargo, esto no significa que no se plantee, en los hechos, la aplicación del nuevo derecho sino que su vigencia efectiva pueda ser exitosa o fracasar. Las causas que determinan uno u otro resultado se encuentran en las circunstancias socioculturales en donde tiene lugar la recepción. Pero, en esta tercera etapa son de considerar, sobre todo, las resistencias surgidas contra la aplicación del nuevo derecho; esto, de manera general. En especial, se deberá determinar el rol del mismo legislador en el proceso de asimilación. El legislador turco no se limitó a introducir el código civil suizo, sino que hizo traducir los principales comentarios y los fallos judiciales del Tribunal Supremo helvético, al tiempo que se envió a jóvenes juristas a estudiar en las universidades del país cuyo derecho se recepcionaba. También se deberá observar el rol desempeñado por los tribunales en la aclimatación del derecho importado. El estudio comparativo de ambas jurisprudencias resulta aquí necesario. Y, por último, se debe estudiar el rol de los juristas en la interpretación del derecho foráneo transformado en derecho nacional vigente. A este nivel, se puede comprobar si el sentido del nuevo derecho es desvirtuado, quedando la recepción en la adopción del simple texto legal, lo cual, en todo caso, requerirá de explicación.

La imposición del derecho penal español

- a) Breve descripción del derecho penal incaico
- b) Imposición del derecho penal español durante la colonia
- c) Concepción jurídico-filosófica importada por los españoles

a) Breve descripción del derecho penal incaico

El Imperio Incaico, cuyo origen fue la unión de diversos grupos asentados en la zona que hoy corresponde a los departamentos de Cusco y Apurímac, fue organizado por los Quichuas, quienes sometieron mediante la guerra a las varias culturas florecientes en las zonas andina y costeña. Su política no consistió en destrucción de esas culturas. Por el contrario, utilizaron y asimilaron muchas de sus manifestaciones. Es así como el ayllu, célula social pre-inca, se transformó en base del Estado inca y fue la trama con la que se tejió la red administrativa y tributaria. Es así como logró sus fines de expansión y dominación (Basadre 1937: 105). Como dice Valcárcel (164:39), la duración del Imperio no puede

ser calculada sólo "desde el tiempo de su culminación hasta el de su caída (de cien a doscientos años) sino que su proceso vital debe ser extendido a sus comienzos y lento desarrollo (alrededor de quinientos años en total); es decir, entre los siglos XI y XVI".

Cuando los españoles llegaron a América en 1492, el Imperio de los Incas había alcanzado, pues, un gran desarrollo económico y cultural. Durante su larga evolución los pueblos de esta región habían logrado la "conformación de sólidos patrones culturales de comportamientos, de valores, de solidaridad, de legitimidad, de trabajo, de (p. 26) cooperación de adaptación a un medio vertical y su creatividad" (Matos Mar 1970: 21).

Los incas no conocieron la escritura. Lo que sabemos de ellos se debe a los relatos que hicieron los cronistas españoles sobre su organización política, su cultura y su vida cotidiana. Las informaciones que ofrecen sobre el derecho inca son abundantes y permiten tener una idea de lo que fue su derecho penal. Este se caracterizó por ser monopolio del Estado. El Inca administraba justicia a través de sus funcionarios: curacas y jefes de aldea. La venganza privada (individual o colectiva) no existía. Como todas las demás reglas, las penales eran consuetudinarias y se transmitían oralmente mediante refranes. Las penas consistían generalmente, en la eliminación del infractor. Existieron funcionarios encargados de ejecutar las penas y lugares de ejecución.

El Estado incaico tuvo como base a las comunidades agrarias, a los funcionarios y guerreros. Las primeras fueron el fundamento de la vida económica; los restantes, pilares de la vida política. Los Incas "concibieron al Estado en su moderno sentido de órgano divisor del trabajo, frente al cual tiene el individuo deberes ineludibles y exactos; pero del cual, a su vez, recibe beneficios y privilegios". Su Estado "no sólo fue... una mera entidad definidora del delito y repartidora de premios y castigos, sino, fue, además, protector de la vida y el bienestar relativo de sus súbditos y regulador de la vida económica" (Basadre 1937: 199). Pero, si bien los Incas se caracterizaron por el acentuado "racionalismo de su sistema financiero, en su política económica y en su jerarquía administrativa", las instituciones de índole penal "que ellos elaboraron no tuvieron, en cambio, idénticas características de simetría y de lógica" (Basadre 1937: 203). La represión penal aparece varias veces impregnada, fuertemente, con ciertas creencias mágicas. Por ejemplo, la prolongación del castigo hasta los antepasados del culpable, mediante la destrucción de tumbas y momias. En el juzgamiento se aplicaron desde el juramento hasta el tormento y la interrogación a las huacas y oráculos. Además existieron verdaderos "juicios de Dios", consistentes en encerrar a los (p. 27) culpables en cárceles infrahumanas y absolverlos en caso de que sobreviviesen. El Carácter draconiano de las penas no tiene nada de excepcional, si se considera el nivel de evolución del Imperio y el rol conquistador del Estado. (Vega Santa Gadea 1973: 166).

Es necesario considerar asimismo que en el Estado Inca no se dio una especialización profesional de los funcionarios, por lo que no existió una organización judicial claramente distinta. La función de administrar justicia estuvo a cargo de miembros de la administración que desempeñaban, igualmente, otras funciones. Esto es notorio en la descripción que los cronistas hacen de los funcionarios del Imperio. En la versión de Guamán Poma de Ayala, los *Tocricoc-michoc* eran los corregidores y jueces: tomaban rendición de cuentas a los funcionarios. En la opinión autorizada de Basadre (1937:

26; Alzamora 1945: 36; Vega Santa Gadea 1973: 165), faltaron las ideas de "apelación", "revisión", o "nueva instrucción" del proceso, salvo los casos de intervención del Inca. De las noticias que tenemos, sí se deduce que las diferentes competencias no sólo dependieron de la naturaleza y gravedad de los delitos sino también de la situación de las personas.

b) Imposición del derecho penal español durante la colonia

El desarrollo independiente del Imperio Incaico fue quebrado por la irrupción de los españoles. La conquista fue el inicio de un largo proceso de destrucción de las relaciones sociales de los grupos unificados por la dominación inca constituían el Imperio y, al mismo tiempo, significó su reorientación conforme a los cánones europeos. La Colonia duró trescientos años y, durante este período, las estructuras y normas de conquistadores y conquistados se desarrollaron en un continuo proceso de interrelación y oposición recíproca. "El resultado final fue - anota Karen Spalding (1974: 22) - la organización interna del área andina como un sistema colonial basado en la sumisión de los miembros de la sociedad indígena hacia los de la sociedad europea, quienes a su vez se hallaban controlados y explotados por una metrópoli extranjera".

(p. 28) La Conquista no sólo fue un choque físico, concretizado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también social, cultural (Wachtel 1973: 161; Mariátegui 1972: 56). La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo, no en el sentido de "integración social", significó la imposición de patrones sociales y culturales, lo que determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen. Junto a su lengua, religión, sistema económico y político, *los españoles trajeron e impusieron su derecho*.

Como sucedió en todo caso de colonización, los conquistadores no suprimieron o ignoraron el derecho y, en general, la cultura del pueblo sometido. Ya hemos visto, líneas arriba, que se establece una interrelación entre ambos mundos. Los españoles reconocieron, en un inicio, la vigencia de todas las reglas que no contradijeran los principios básicos del orden jurídico español. Así lo dispuso el virrey Francisco de Toledo en ordenanza que fue confirmada por el Rey (Guamán Poma de Ayala 1956: 137). En las Leyes de Indias, además, se llegó a reconocer cierta jurisdicción criminal a los caciques sobre asuntos de indios.

En el primer período de la colonia, si bien los indígenas sentían la enorme presión de las disposiciones coloniales, aún su conducta seguía orientada por normas y valores de la sociedad tradicional. Normas y valores que eran diversos, ya que los grupos sociales del incario no eran culturalmente uniformes.

Durante la colonia, la división básica de la sociedad se estableció entre colonizadores y colonizados. Pero, como dice Karen Spalding, esta distinción no se refería "a la diferencia entre personas de origen europeo y americano, una diferencia que a pesar de ser real, se hallaba claramente subordinada a una diferencia esencial, reforzada y subrayada por la ley; aquella existente entre dos culturas opuestas: la europea y la india. Los conquistadores eran aquellas personas que se consideraban a sí mismas y eran consideradas por otros miembros de la colonia, como descendientes de las sociedades indígenas que fueron sometidas al régimen español. Todos aquellos que remontaban **(p. 29)** su ascendencia hasta ancestros europeos, cualquiera que fuese su verdadero lugar de nacimiento, pertenecían a la sociedad dominante, por razones sociales y legales" (Spalding 1974: 150).

De manera general, se puede decir que "a partir del virreinato de Toledo hasta el acceso de los Borbones al trono, se produce una organización social sistematizada y estatal que inserta las masas indias a la estructura total del país. Durante todo este proceso los españoles remodelan la "raza india" como "casta" perteneciente a la "cultura hispánica", pero sometida a los "blancos" en condiciones discriminatorias. En estas condiciones, la inserción de los "indios" a las estructuras coloniales se logra cada vez más, pero conservando siempre para ellos los caracteres y las prescripciones que impiden el paso desde la casta discriminada hacia otros grupos sociales". (Bravo Bresani 1970: 93).

El correcto entendimiento de esta dicotomía y sus proyecciones en la historia de nuestro país, permite comprender muchas de las actitudes adoptadas por los descendientes de los colonizadores - que tomaron el poder luego de la independencia de la metrópoli- en el momento de elaborar las nuevas leyes de la República y en el tratamiento otorgado a los descendientes de los dominados. En relación del primer punto, tenemos, por ejemplo, la afirmación del legislador nacional al redactar la exposición de motivos del código penal de 1853, en el sentido que se había seguido muy de cerca al código

penal español, porque estando las costumbres de los peruanos "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla" no era posible alejar el proyecto de aquel modelo. En cuanto a lo segundo, resalta que se haya tratado de considerar a los indígenas como sujetos de capacidad disminuida.

Las primeras leyes dictadas por la corona española en los inicios de la conquista (en 1526, la posición sobre descubrimientos y, en 1542, las leyes nuevas de Carlos V, por ejemplo) no reflejaban aún la política de centralización que luego realizaría y que significó la fundación y el **(p. 30)** afianzamiento del Virreinato. En la conformación del orden jurídico de la colonia se debe distinguir dos aspectos, como muy bien lo señala Basadre (1937: 265); el primero concierne a la aplicación del derecho castellano, del cual Las Siete Partidas fueron, en la práctica, las más aplicadas; el segundo se refiere a la elaboración de un derecho especial para América.

Las Leyes de Indias fueron dictadas sin seguir un plan orgánico y se emitieron más bien de acuerdo a los problemas inmediatos que era necesario resolver. Ellas fueron reunidas en número de 6,377 en la Recopilación de 1680, que fue dividida en 218 títulos y en 9 libros. El libro séptimo reúne disposiciones de carácter penal y moral y, el quinto, reglas referentes a las jurisdicciones en general y a los funcionarios.

El mencionado libro VII estaba compuesto por ocho títulos y se ocupaba, preferentemente, de los delitos y de las penas. El título primero estaba consagrado a lo que ahora denominamos "instrucción" y recibió la denominación "De los pesquisidores y jueces de comisión". En el título segundo, "De los juegos y jugadores", se prohibía toda clase de juegos de azar cuyo valor superase los diez pesos oro. El aspecto penal es muy limitado en el título tercero, que regula "De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas". La situación y el tratamiento "De los vagabundos y gitanos" y "De los mulatos, negros, barberiscos e hijos de indios" fueron regulados en los títulos cuarto y quinto, respectivamente. Las disposiciones de este último título se caracterizaban por su carácter severo e intimidatorio. En el título sexto se halla contenida una serie de normas que detallan la organización carcelaria y el tratamiento a que debían ser sometidos los detenidos. Se le denominó "De las cárceles y carceleros". Las reglas del título sexto complementan a las del título anterior pues se refieren a las ocasiones y a la forma en que se debería realizar el control de los establecimientos de detención. Por esto es que se le designó con la frase "De las visitas de cárcel". Por último, en el título octavo, "De los delitos y penas y su aplicación", se enumeran y describen, **(p. 31)** desordenadamente, los diferentes comportamientos punibles y las sanciones que se imponía a los responsables.

Estas normas, como sucedió en forma más notoria con las referentes al denominado "derecho social indiano", no fueron cumplidas. Los funcionarios encargados de su aplicación no las acataron, en provecho de sí mismos, para lo cual muchas veces se apoyaron en la posibilidad que brindaba la misma legislación de no ser aplicada en caso que pudiera dar lugar a escándalo o daño irreparable. La separación abismal entre el derecho y la realidad se encuentra cristalizada en la fórmula "se acata pero no se cumple".

tanto en relación con el derecho peninsular como con el derecho indiano, se trató de la imposición de un derecho. Los miembros de la sociedad aborigen constituyeron sujetos pasivos en este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. No se trata, pues, de un caso de recepción de derecho español ya que éste fue impuesto mediante la fuerza y la destrucción.

La legislación indiana no encontró posteriormente eco en la legislación de las repúblicas independientes. La impronta hispánica es el resultado de la imposición y aplicación del derecho castellano durante la Colonia. Si comprendemos por recepción el fenómeno consistente en el traspaso de las normas legales vigentes en un medio cultural determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español en el Perú. Este amplio criterio (Kitagawa 1970: 19) no lo consideramos correcto porque nos impide comprender cabalmente el significado y la naturaleza de tal proceso histórico, y juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición de un Derecho. El primero se da - conforme distinguimos antes - cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición, cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación. La nota esencial del trasplante de un derecho es su unilateralidad. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se **(p. 32)** establecen en una zona "inexplorada y casi deshabitada" (Rheinstein 1974: 126, 127). La imposición de un derecho se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza. Es evidente que los procesos históricos de

"importación" o "exportación" de derecho no presentan características tan nítidas que permitan su fácil clasificación en los casos planteados ahora esquemáticamente y ya explicados anteriormente. Por esto Theinstein (1974: 155) admite que la recepción y la imposición deben ser consideradas como los extremos de una amplia escala de formas intermedias y combinaciones: "bilden die beiden Endpunkte einer breiten Skala von Zwischenformen un Kombinationene".

En el caso peruano, no podemos decir que se trata de un simple trasplante de derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Mas tampoco puede hablarse de una recepción, porque los indígenas no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. Los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron para resolver sus diferendos. Simultáneamente, el Rey dictó reglas especiales para normar la conquista y la colonización. En esta etapa inicial, como hemos visto, sobrevivió el derecho indígena, aplicado por las autoridades autóctonas

Como en otros procesos de colonización, pues, el derecho colonial en el Perú se limitaba, sobre todo, a regular las relaciones económicas mientras que, frente a la resistencia de las normas jurídicas autóctonas, el *status* personal continuó, en su primer momento, sometido a la costumbre. Sin embargo, en la realidad, la conquista fue cuenta y violenta, culminando en el sometimiento de los nativos y la destrucción de su cultura. Los españoles impusieron su derecho. Los indios fueron perseguidos y juzgados conforme a las leyes hispánicas.

c) Concepción jurídico filosófica importada por los españoles

Junto con la imposición del ordenamiento legal positivo, los españoles trajeron consigo, como es natural, su (p. 33) concepción filosófica y jurídica. Los funcionarios y jurisconsultos que vinieron a América se habían formado en universidades donde predominaba la enseñanza de la filosofía tomista, del derecho romano y del derecho canónico. En la Universidad de San Marcos, retoño de la de Salamanca, los estudios jurídicos estaban representados, a fines del siglo XVI, por las cátedras de leyes: Prima, Vísperas e Instituta. Siendo esto así, no resulta sorprendente el hecho de que el derecho canónico y el romano inspirasen constantemente a los juristas de la colonia y que "al lado de las citas de Solórzano jamás faltaban las citas a San Agustín y Santo Tomás" (de Lavalle 1911: 211).

Durante el siglo XVII, se prolongó esta situación que no era ajena a la que reinaba en la península, en razón a la comunidad de influencias culturales. En este siglo, como en el anterior, abundan las obras con eruditas referencias en latín y se producen las mejores recopilaciones de las numerosas leyes vigentes. El siglo XVI se caracterizó asimismo, por la imponente presencia de la Inquisición y del Index Expurgatorio. Por el contrario, el siglo XVIII se distinguió por un abandono de las discusiones teológicas y la implantación del pensamiento moderno europeo. De allí que Macera (1977: III, 304) sostenga que "el aristotelismo escolástico fue sustituido por las filosofías modernas: Descartes y Malebranche, después Newton y Leibnitz y por último Locke, Hume y algunos representantes del enciclopedismo francés".

Siendo Rector del Convictorio de San Carlos, Toribio Rodríguez de Mendoza, conocedor de las obras de Bacon y Descartes, creó las cátedras de derecho natural y de gentes, al mismo tiempo que dispuso la utilización de los textos de Heinecio. La enseñanza del derecho natural y de gentes sería luego prohibida por Real Orden. En esta época, José Baquijano y Carrillo e Hipólito Unanue contribuyeron intensamente en la reacción contra el escolasticismo y en la difusión de las nuevas concepciones. El primero era profesor de Instituta en San Marcos y era un buen conocedor de las obras de Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Bayle, Holbach y Diderot.

(p. 34) En relación a las instituciones académicas superiores de esta época puede decirse, con Basadre, que "en vivo contraste con el anquilosamiento de la Universidad de San Marcos, después de la expulsión de los jesuitas, empezó en Lima por medio del establecimiento del Convictorio de San Carlos, refundición de los viejos colegios de San Felipe y San Martín, una honda reforma en los estudios que llevó al filosofismo enciclopédico". (Basadre 1973: 85).

En las aulas universitarias se puso muy en boga la exposición del Derecho Natural y de Gentes. La influencia más importante fue la ejercida por el jurista Heinecio, cuyos manuales referentes a dicha materia obtuvieron -por su carácter divulgador- una gran difusión en América, en general. La influencia de los enciclopedistas franceses, de los italianos Beccaria, Romagnesi y Filangeri, junto a la de otros filósofos y juristas, aumentó en los años siguientes al término de la colonia, reflejándose en la formación de los próceres de la independencia y en el dominio penal, sobre todo, en la obra de Manuel Lorenzo de Vidaurre, como veremos posteriormente.

Recepción del derecho penal español en el Perú

- a) Significado de la emancipación del dominio español
- b) El proyecto de código penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre
- c) El código penal de Santa Cruz
- d) El código penal de 1862 y la recepción del derecho español
- e) Concepción jurídica que siguió a la recepción del derecho penal español

a) Significado de la emancipación del dominio español

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

La emancipación "no tuvo propagación social, ni cultural de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional" (Matos Mar 1970: 24). Fue una empresa apoyada por los mercaderes ingleses y realizada por los grandes propietarios de tierras, que eran criollos (españoles nacidos en América) imbuidos de los ideales de la revolución francesa.

La dominación española, primero y la república, después, vincularon el desarrollo del Perú a la cultura occidental, "la que le señaló su sentido y dirección como colonia, como dominio económico, como región proveedora de materias primas y, con la terminología actual, como país subdesarrollado. Es decir, la cultura occidental, de la cual es su periferia, le impuso a diverso ritmo e intensidad su derrotero" (Matos Mar 1970: 20).

(p. 36) Dentro del contexto anti hispánico de los movimientos emancipadores, se dictaron diversos dispositivos legales tendientes a establecer la igualdad social y a romper los privilegios existentes que favorecían a los peninsulares. Estas medidas favorecieron a los criollos y a otras castas que tomaron el lugar privilegiado de los españoles. De esta manera, sostiene Cotler (1978: 79), los nuevos grupos dominantes, al amparo de la renovada legislación "reeditaron la conquista española sobre la población indígena".

Por esto es que la implantación de la República y la abolición de los títulos de nobleza no determinaron un cambio en la mentalidad de los criollos ya que, si bien juraban fidelidad a la patria y a la república en lugar de sumisión al soberano, continuaron usufructuando los privilegios y menospreciando a los otras clases y castas. Por su parte, los indios no se identificaron con la causa emancipadora y la nueva república, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos. No fueron ellos los que promovieron y llevaron adelante la emancipación, sino más bien los criollos y mestizos. Fueron éstos los que tomaron en sus manos el poder de la república, y no como en el caso de Africa, donde fueron los aborígenes los que cumplieron ese rol.

A consecuencia de las guerras emancipadoras, salieron del país numerosos españoles y criollos realistas. Su situación privilegiada en el sistema económico no fue ocupada por los criollos o mestizos patriotas sino, generalmente, por los extranjeros, sobre todo anglosajones.

La concepción liberal individualista imperante en el momento de la independencia, e inspiradora de la organización del nuevo Estado, se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde la declaración de la independencia. Pero, asimismo, tuvieron importancia las diversas leyes de la colonia que se mantuvieron en vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX. En el Reglamento Provisional del 17 de marzo de 1821, San Martín estatuyó que se reconocía vigencia en todas las leyes, ordenanzas y reglamentos españoles que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados en decretos desde el 8 **(p. 37)** de septiembre de 1820, y que no hubieran sido derogados por autoridad competente (art. 18). Las principales leyes, como los códigos civil y comercial, no se promulgaron sino vencidos los treinta primeros años de la vida republicana.

Así como la organización administrativa del país se caracterizó por ser "formalista, en la que los ropajes republicanos cubrían a veces la realidad de la tradición colonial" (Basadre 1968: I, 241), la

legislación también se distinguió por su ineficacia en la práctica. Con relación a los indígenas (Mariátegui 1972: 69), el legislador prohibió la mita, el pongaje, la encomienda y el yanaconaje, y les reconoció su condición de personas de derecho y de ciudadanos, "y se negaba a aceptar el principio invívito en la legislación de indias que había buscado normar para la tutela de los aborígenes, porque ellas implicaban una potestad del Estado que el liberalismo no aceptaba en la esfera de las relaciones privadas" (Basadre 1968: I, 233). En las primeras décadas de vida republicana, no se estableció un orden interno capaz de sustituir eficazmente a la administración colonial. Las *élites* criollas adoptaron para la nueva república la organización demoliberal. Se preocuparon, sobre todo, de diseñar un Estado mediante la elaboración de constituciones que más sirvieron, en diferentes ocasiones, para el surgimiento de dictaduras, dejando de lado, por el contrario, la redacción de los códigos fundamentales. Pero, durante el siglo XIX y en armonía con sus principios ideológicos, los grupos gobernantes promulgaron diversas normas legales en relación a los indios y esclavos, con el objeto de cambiar la situación de sujeción económica en que se encontraban. "Sin embargo - como señala Cotler (1978: 79)-, las condiciones estructurales en que emergía la naciente república hicieron posible que la realidad colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales que intentaban, a través de modificaciones de superestructura, modificar las bases económico-sociales".

El vacío legislativo originado por la no dación de las leyes básicas determinó, como también en otros niveles, la supervivencia de la legislación española: hasta 1852 (p. 38) rigió el ordenamiento civil impregnado fuertemente de los fundamentos del derecho romano y, hasta 1862, imperaron exclusivamente las disposiciones penales de la colonia. De modo que, en este período, las supervivencias hispánicas eran múltiples y en esto influyó bastante el hecho de que "el virreinato y la república hallábase ligados por una comunidad de idioma, de religión, de instituciones y de espíritu" (Basadre 1968 I, 244).

En el campo legislativo, en la primera constitución peruana de 1823 (art. 131), se reconoció validez a la regla establecida por San Martín en su decreto de setiembre de 1820; citado anteriormente. En 1824, Simón Bolívar, Supremo Dictador, nombró una comisión y le encargó preparar los proyectos en materia penal y civil. En relación con el ámbito penal, las constituciones de 1823 y 1828 abolieron las penas infamantes y corporales (tortura, mutilación, etc.), así como la confiscación, y, además, consagraron el carácter personal de las sanciones penales.

Todas estas medidas reflejan el predominio que alcanzaron los principios del Derecho Natural y de Gentes, en los años siguientes de la emancipación, como hemos tenido ocasión de afirmar con anterioridad. No está demás repetir que el abandono del derecho canónico y romano caracterizó la doctrina y enseñanza jurídica de la época. La aceptación del Derecho Natural y de Gentes elaborados y desarrollados por Grocio, Hobbes, Pufendorf, Wolf y otros, significó la admisión de la concepción del inicial estado de naturaleza en el que todos los hombres eran libres e iguales, con los mismos derechos y obligaciones, y de que el origen del Estado estuvo en la cesión, por parte de los hombres, de algunos derechos naturales para lograr el bien común.

b) El proyecto de código penal de Manuel Lorenzo Vidaurre.

El presidente de la comisión nombrada por Bolívar para redactar los códigos civil y penal, fue don Manuel Lorenzo de Vidaurre, también presidente de la Corte Suprema. Esta comisión no cumplió con el encargo pero Vidaurre (p. 39) elaboró, a nombre propio, un proyecto de código penal que presentó en 1828 al Congreso Nacional. Publicada en Bostón, la obra de Vidaurre consta dos partes: una exposición teórica y el texto del proyecto. De la primera - que a veces es contradictoria - se desprende que sus ideas provienen de los escritos de Beccaria, Rousseau, Filangeri, Montesquieu, Grocio, Locke. Consideró que "el principal fin de la legislación será evitar los medios de que se cometen los crímenes", que "el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero" (1828: 38) y que "debe ser proporcionada a los delitos" (1828: 23). Sostuvo que el delito es el "daño causado a la sociedad con conocimiento" (1828: 7) y que la mejor política para evitar su comisión era la preventiva (1828: 40).

En su proyecto o incorporó la pena de muerte, y dejó de considerar como delitos a varias acciones tenidas en aquel entonces como punibles. Si bien es cierto que este proyecto fue "el primer paso legislativo" en materia penal en el Perú, no se puede afirmar que se trató de un "código de factura irreprochable" (Jiménez de Asúa 1926: 28). Las disposiciones generales, por ejemplo, no estatuyen de manera precisa lo que es delito, cuáles son los medios de represión y la manera de aplicarlos. En su mayor parte, son declaraciones de principio o normas de carácter procesal.

Cuando Vidaurre redactaba su proyecto, se contaba con la existencia de dos códigos modernos: el francés de 1810 y el español de 1822. En una carta que escribe al Ministro de Estado y de Relaciones Exteriores de Chile, fechada en Bostón el 2 de setiembre de 1828 y con la cual presentaba Vidaurre su proyecto a un concurso convocado por el Gobierno Chileno, señala que "los ejemplos que se pueden seguir son muy pocos: yo apenas hallo el Código de Francia" (Vidaurre 1828: 51). Esto no significa que lo siga; bien por el contrario, busca Vidaurre realizar una obra original. Se sustenta en las ideas imperantes en la época y no tiene en cuenta lo hecho en España.

Sus sentimientos contra España los expresa claramente en la carta de remisión de su proyecto al Congreso peruano. En ella se pregunta: "¿se podrá consentir que aún (p. 40) gima la América bajo las bárbaras y crueles disposiciones de déspotas inhumanos?, ¿se aplicarán por los jueces decretos en contradicción con los sentimientos generales de los pueblos libres?" (Vidaurre 1828: 4). En los años siguientes y hasta el Proyecto de Maúrtua de 1916, no volvería a reeditarse este esfuerzo tendiente a elaborar un código original, a partir del estudio y la recepción de ideas europeas.

c) El código penal de Santa Cruz

Durante el breve período de la Confederación Perú-Boliviana, Santa Cruz desplegó una proficua labor administrativa. Teniendo en cuenta la anarquía legislativa existente y el carácter anticuado de la administración judicial, procedió a promulgar los códigos civil, penal, de enjuiciamiento y el Reglamento de los tribunales. El texto del código penal fue el del código boliviano y estuvo vigente desde enero de 1837 a julio de 1838. Aun cuando su adopción fue calificada de "*ultraje y humillación* por patriotas intransigentes y por abogados y magistrados conservadores, significaron un afán largos años no perseguido de unificar, sistematizar y hacer avanzar la vida forense y jurídica en todos sus aspectos" (Basadre 1968: II, 138). Vencido Santa Cruz y desaparecida la Confederación, tanto el Código penal como la restante legislación confederada, fueron derogados y no reemplazados, a pesar de que su promulgación había constituido, en la práctica, un sensible progreso en relación con la situación anterior.

En los considerandos del Decreto dictado por Santa Cruz (23-6-1836), poniendo en vigencia el Código penal boliviano en el Estado Sur-peruano, se señalaba el inconveniente de que siguieran subsistiendo 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 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" en Bolivia (Zúñiga Guardia 1957: 64). La (p. 41) vigencia de este código fue efímera, como la misma existencia de la Confederación Perú-boliviana. Entró en vigor en octubre de 1836 y fue derogado en julio de 1838.

El código penal de Santa Cruz estuvo inspirado en el código español de 1822, en el cual se advierte, una marcada influencia francesa, derivada del "movimiento codificador francés" (Saldaña s/f: I, 441), que recogió los principios de la época de las Luces y las ideas utilitarias de Bentham. El derecho penal revolucionario se caracterizó, debido a los cambios políticos de la época, por sus penas bastante severas. El código de 1810, a diferencia de la legislación penal de las monarquías absolutas (*ancien régime*) y de las primeras leyes revolucionarias, otorgó a los jueces un poder de apreciación entre los límites de un máximo y de un mínimo fijados en relación a cada una de las infracciones y, aunque de manera restringida, admitió la regulación de la pena por el sistema de las "circunstancias atenuantes". De modo que se puede sostener que fueron tres los principios fundamentales que inspiraron al codificador francés: primero, no se puede imponer pena distinta a la prevista en la ley; segundo por una misma infracción la pena debe ser la misma para todos; y, tercero, la pena no debe afectar sino el culpable. Por esto es que la adopción del código penal de Santa Cruz, en el Perú, constituyó un progreso en relación a la legislación española que sobrevivía en los primeros años de la república.

Desde la derrota de Santa Cruz en 1839, pasaron muchos años hasta que el Perú se dotase de una legislación codificada. Para comprender este hecho debemos considerar que el Perú, como país, no se encontraba plenamente consolidado. Basadre caracteriza esta época, con el amplio conocimiento histórico que posee, escribiendo: "hasta entonces, el país había vivido periódicamente bajo la sensación íntima de la transitoriedad de sus instituciones. Sólo en 1824 se había ganado la guerra de la independencia. Entre 1824 y 1826, Bolívar había soñado con la Confederación de los Andes, que incluyera a Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Erigida de nuevo (p. 42) formalmente la República Peruana de 1827, la invasión del ejército nacional de Bolivia, a la que siguió la guerra con

Colombia, pusieron bien pronto otra interrogación sobre el futuro. Definidos desde 1829 los límites del norte, si no en detalle, por lo menos en sus líneas generales, se planteó en forma visible o subterránea, según las características, el problema de Bolivia " (Basadre 1968: II, 191). Las derrotas de Santa Cruz que 1839 y de Gamarrá en 1841, aparecen como "el anuncio y el anticipo de este Perú, definido y seguro que simbolizó, en horas cenitales, Ramón Castilla" (Basadre 1968: II, 192).

En los años siguientes la situación socio-económica no fue mejor, como se desprende de los testimonios a que alude Cotler (1978: 84, 86). Según este mismo autor, "Durante el período 1850-1870, el Perú vivió una permanente crisis política y fiscal que a principios de la década del 70 se convirtió en una total bancarrota" (1978: 90). Nuestro primer código penal, de 1862, fue elaborado y promulgado dentro de ese contexto histórico.

d) El código penal de 1862 y la recepción del derecho penal español

Con el fin de dotar al país de un código penal, luego de haberse promulgado el primer código civil de 1851, se formaron diversas comisiones, pero sólo la nombrada por el congreso de 1853 logró elaborar un proyecto. Esta comisión estuvo constituida por los senadores Jervasio Álvarez, Pablo Cárdenas, Santiago Távara y por los diputados Carlos Pacheco, Mariano Gómez Farfán, Manuel Toribio Ureta, Ignacio Noboa y Gregorio Galdós. Este proyecto fue revisado por una nueva comisión, nombrada en abril de 1857 y de acuerdo a una resolución de la Convención Nacional del 6 de setiembre de 1856. Permanecieron en esta comisión Santiago Távara e Ignacio Noboa, a quienes se unieron después José Simeón Tejada, José Gálvez y Tomás Lama.

En la nota de remisión del proyecto al Congreso Extraordinario, suscrita por José Simeón Tejada el 20 de mayo de 1859, se afirma que "la comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a **(p. 43)** la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones" (Tejada 1859: III) y que "el código español ha servido de una luminosa guía en este trabajo, y la comisión juzga propio de su sinceridad rendirle aquí el homenaje debido, confesando que después de meditados estudios ha 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" (ibid.).

La fidelidad con que la comisión siguió las reglas del código penal español, se pone de manifiesto en la adopción de la sistemática hispana tanto en la parte general como en la especial; asimismo, en la reproducción de diversas disposiciones: por ejemplo, en el dominio de la aplicación y modificación de las penas, del relativo arbitrio reconocido al juez y de diversas figuras delictivas. Se debe señalar que en este proyecto no se estipula la pena de muerte y que se le reemplaza por la de "prisión en penitenciaría". Este proyecto se convertirá, con muy pocos cambios sustanciales, en el primer código penal nacional de 1862. Al analizar éste, se comprenderá mejor la amplitud de la influencia hispana.

Con el objeto de concordar el texto del proyecto con la nueva constitución de 1860 y con el proyecto del código de enjuiciamiento penal, en 1861 se nombró una nueva comisión. El proyecto no fue modificado sustancialmente y cabe observar que simplificó el sistema de penas. El Congreso aprobó el proyecto en 1862 y dispuso que entrase en vigencia a partir del 2 de enero de 1863. En realidad, comenzó a regir el 5 de marzo de dicho año (Código penal 1862: VIII).

El propio legislador reconoció la influencia española, como se desprende de las expresiones vertidas por José Simeón Tejada en la nota de remisión del proyecto y que hemos transcrito líneas arriba. El código español de 1848 que sirvió de modelo al legislador peruano es "imitación" **(p. 44)** del código brasileño de 1830, "copia a su vez del código napolitano, como éste la era del francés de 1810" (Jiménez de Asúa 1956: I, 710; Saldaña s/f: I, 495).

Los políticos y juristas que elaboraron y aprobaron el Código Penal de 1863, se encontraban bajo la influencia de la cultura española y francesa imperante en la época. El que hayan escogido, al elaborar el código penal, un modelo originario proveniente de tal medio cultural, impide sostener que se trató de una "recepción heterogénea" (Kitagawa 1970: 18; Rheinstejn 1974: 128, 129). Esto es válido desde la perspectiva del grupo dominante que sucedió en el poder a los colonizadores; es decir, teniendo en cuenta la visión aristocrática, hispanista, feudal, católica y racista que predominaba entre sus miembros. Los peruanos cuyas costumbres se encontraban "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla" eran, justamente, los que pertenecían al "vértice criollo" de la pirámide social de "base nativa" (Lauer 1976: 20). La idea de nación del gobernante

legislador se reducía a dicho "vértice criollo", "el Perú español y cristiano no conquistado sino creado por la conquista", como apuntó Bartolomé Herrera (1929).

El legislador peruano no realizó una servil imitación, sino que modificó el "código importado" para adecuarlo, de acuerdo con su concepción político-social, al estado del país. Con este objeto, simplificó o suprimió diversas disposiciones.

Según la propia Comisión codificadora, por ejemplo, "procedió a reformar la escala de penas, suprimiendo las que ha juzgado inoperantes y dando a las que ha adoptado tal sencillez que pueda aplicarse el código con suma facilidad en todos los lugares de la república" (Zavala Loayza 1941: 31). Pero el legislador nacional fue tan fiel a su modelo foráneo, que su código no hacía, como el español, casi ninguna concesión a la prevención especial. La función asignada a la pena era el castigo de los infractores, y se imponía muchas veces en base a la responsabilidad objetiva; es decir, en base a la sola causación del resultado perjudicial. Para imponer un castigo bastaba (p. 45) comprobar que el daño había sido causado por el comportamiento prohibido del agente (*versari in re illicita*), sin que fuese necesario determinar el vínculo de culpabilidad existente en relación al resultado más grave. Por esto Viterbo Arias (1900: I, 55) dirá, críticamente, que "no es ... nuestro código tan explícito como debiera en punto de gravedad, pues no establece un precepto general que permita graduar la responsabilidad del delincuente y precise el daño que haya de imputársele". Contra los delincuentes incapaces o inimputables (dementes o locos y menores de edad, conforme al art.8), no se estatuyó ninguna medida de prevención a fin de asegurar que no volviesen a incurrir en actos dañinos, dejando, como sucedía en las otras legislaciones de entonces, la adopción de alguna medida a la esfera administrativa.

Las disposiciones de la parte especial fueron simplificadas y, cierta medida, mejor estructuradas técnicamente en comparación con el modelo hispano. Estos cambios constituyen algunas veces el efecto de la adecuación de un código elaborado en una monarquía confesional a un país republicano. Por ejemplo, si bien en el código peruano se incorporan las disposiciones que prevén los delitos contra la religión, no figura el delito de apostasía. El art. 136 del código penal estatuyó: "el español que apostatare públicamente la religión católica, apostólica, romana, será castigado con la pena de extrañamiento perpetuo. Esta pena cesará desde el momento en que vuelva al gremio de la Iglesia". Al respecto, se debe recordar que en la Constitución de 1860, vigente al dictarse el código penal, se declaró que el Estado protegía la religión católica y se prohibió el ejercicio público de toda otra religión. En el Congreso constituyente se afirmó que "la unión religiosa, y más aún la unión católica", es indispensable para la unidad de la nación (Pareja Paz Soldán 1973: 105, 106, 107). De otro lado, ninguna razón existía para que el legislador peruano conservara el "delito de lesa majestad" (art. 160 del código penal español de 1848-50).

Estas y otras modificaciones practicadas por el legislador peruano en el modelo importado, con el fin de educarlo a la realidad del país, no pasaron de ser sino (p. 46) modificaciones técnicas tendientes a hacer posible y a facilitar la aplicación de la ley al medio en se insertaba y cuyas reales condiciones socioeconómicas no habían sido directamente consideradas por quien la elaboró. Esta actitud del legislador es fruto de la manera en que veía a la realidad social del país y a cuyos habitantes trataba de imponer determinados modelos de comportamiento. Desde su role de gobernante, compulsaba y trataba de orientar la actividad de la comunidad, para lo cual se encontraba limitado por su ideología; dentro de ella, por la idea que tenía de lo que debía llegar a ser el país, es decir, algo semejante, política y culturalmente, a España y demás países europeos que le servían de modelo. Por eso que no estuvo en condiciones de repensar las disposiciones e instituciones que importaba, a fin de adecuarlas, realmente, a los condiciones materiales y culturales de nuestro país.

e) Concepción jurídica que siguió a la recepción del código penal español

La recepción del código penal español de 1848-50 en nuestro país determinó que las concepciones y comentarios elaborados por los juristas hispanos en base a su ley penal, fueran seguidos, igualmente, por los juristas nacionales. Así se reeditaba el hecho de que "cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo" (Schwarz 1938: II, 598).

Joaquín Francisco Pacheco, redactor principal del código penal español de 1848-50 y su principal comentario, ejerció una gran influencia en nuestro medio. Ricardo Heredia siguió a este autor hispano en su libro *Lecciones de Derecho Penal filosófico. Dictadas en la universidad de San Marcos* (Lima, 1884), en donde no sólo fue fiel a las ideas de aquél sino que, también, se inspiró en él para estructurar y titular su obra. El libro de Pacheco utilizado por Heredia fue *Estudios de Derecho Penal*.

Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840 (Madrid 1868) y allí defendió la tesis expiacionista, en el sentido ecléctico expuesto por Rossi (Jimenez de Asúa 1956: I, 805).

(p. 47) El asimismo notoria la influencia hispana en el caso de José Silva Santisteban (1884: 13), quien sigue las ideas de Krause a través de las enseñanzas de su discípulo Ahrens y se declara partidario de la corriente racionalista que hace partir de Hugo Grocio. Silva Santisteban sucedió a Pedro Gálvez en la enseñanza del derecho penal en el Colegio Guadalupe. Fue este último jurista quien, justamente, renovó, basándose en la concepción de Ahrens, "el estudio del derecho natural", "acomodó el derecho público a nuestra forma republicana e inició el verdadero sistema del derecho penal" (Núñez 1937: 13).

Silva Santisteban fue el representante liberal de la corriente que propició la introducción del Krausismo a partir de 1840. El criterio conservador lo sustentó Bartolomé Herrera y lo difundió en su calidad de Rector del Convictorio de San Carlos (1842), llegando a ganar enorme influencia política como ministro de Justicia de José Rufino Echenique, durante cuyo gobierno se promulgaron los primeros códigos civil y de comercio.

A fin de comprender lo que significó el Krausismo entre nosotros, sería necesario un estudio detallado que no es materia de este trabajo y cuya realización desbordaría su marco. Para nuestros fines, señalemos que Karl Christian Friederich Krause (1781-1832) elaboró una doctrina panteísta de procedencia Kantiana. Discípulo de Fichte y de Schelling, no alcanzó el éxito en su patria, Alemania. Su concepción, no tan rígidamente estructurada y algo confusa debido al lenguaje empleado, aun para los mismos alemanes, tuvo que competir con los sistemas de Hegel y Fichte. Por el contrario, su éxito fue inmenso en el extranjero: Francia, Bélgica, España, y América Latina. Entre los factores que permitieron esta amplia difusión del Krausismo, fuera de las circunstancias históricas en que se produjo, hay que señalar "su lado humanitario y progresista", la labor desarrollada por sus discípulos, principalmente Ahrens y Roder y, asimismo, el hecho de que los traductores de sus obras hicieron más fácil el acceso a sus ideas (Losano 1974: 332, 333).

La parte más vital de la obra de Krause es, precisamente, su teoría de la sociedad humana. El no es **(p. 48)** individualista como Fichte, ni estadista como Hegel. En su concepto, el derecho se refiere a una colectividad determinada y es el conjunto de condiciones que hacen posible el alcance de los fines de tal colectividad. En su concepción apenas se distingue el derecho de la moral, ya que en su máxima generalidad ésta el derecho de Dios o "totalidad de las condiciones exteriores e interiores para realizar la vida nacional, en la medida en que estas condiciones pueden ser producidas por la actividad libre" (Bréhier 1956: III, 409).

Iniciado por Julián Sanz del Río (1857), el Krausismo se difundió y alcanza una gran influencia en España, para luego difundirse en América Latina. Así logra su máxima importancia en México, Chile y Argentina, gracias, sobre todo, a la obra del español Giner de los Ríos. Este filósofo y discípulo de Ahrens, a su vez seguidor de Krause, influyó notablemente entre los penalistas españoles. El ejemplo más claro e importante es el de Dorado Montero (Derecho Protector de los Criminales). Según Jiménez de Asúa, este penalista español "pensaba que el hombre debe ser corregido, enmendado, y esa idea de la corrección le viene del Krausismo" y que "aun después de abrazar el neokantismo se acuerda de Krause como normal y regla de conducta" (1956: I, 821).

Las enseñanzas de Krause, de sus discípulos Ahrens y Roder tuvieron buena acogida en nuestro medio, como ya la señalamos, a partir de 1840. Estuardo Núñez, desde su posición germanófila, y Quintano Ripollés, de acuerdo a su criterio hispano, no concuerdan respecto a 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" (Núñez 1937: 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 hispanas" (Quintano Ripollés 1953: 67).

Es oportuno señalar el caso de José Viterbo Arias, único autor de un comentario completo del código penal de **(p. 49)** 1863 (3 tomos, Lima 1900). Este jurista, al referirse a su obra, dice: "cuando se carece de antecedentes nacionales que siquiera señalen el rumbo para hacer apreciaciones sobre las conveniencias de nuestras leyes en materia criminal dado el medio en que han de tener aplicación, y de estadísticas judiciales que sirvan para sustentar éste o el otro concepto; cuando recién se comienza a estudiar en nuestro foro y en nuestras universidades las doctrinas de Lombroso, Ferri, Garofalo, Marro, Espinas, y demás campeones del positivismo; tomar un cuerpo de leyes penales para hacer su crítica bajo la doble faz de la justicia y de la oportunidad, es indudablemente una empresa atrevida" (1900: I, XIII-XIV). Aparentemente, Viterbo Arias se inclinó por la concepción

positivista italiana pero él mismo se encarga de descargar este equívoco, al afirmar: "en nuestro trabajo teníamos que guardar consecuencia con las ideas que aún llevan el cetro en el reino de la ciencia; y no se debe extrañar que no miremos en los delitos simple desgracias; que no pidamos hospitales, en vez de cárceles, ni médicos en lugar de alcaides, ni antropologistas y psicólogos para sustituir a los magistrados y jueces" (1900: I, XV).

A diferencia de los partidarios del positivismo, Viterbo Arias señala que "si alguna vez levantamos la voz para proclamar ciertas reformas, no será ciertamente combatiendo las ideas cardinales que inspiraron a nuestros legisladores, sino pretendiendo, en nombre de ellas, que se retire del elenco de los delitos sociales actos que rigurosamente no le pertenecen; pidiendo que se aumenten la severidad de ciertas penas o se atenúe o se proscriba otras; que se armonicen, en fin, las disposiciones de la ley con las enseñanzas de la ciencia basada en la filosofía espiritualista, que no sólo reconoce la libertad, sino que ve en ella el fundamento de todo derecho individual o social" (1900 I, XV, XVI). De esta manera, Viterbo Arias expuso claramente el concepto que tenía la mayor parte de los magistrados, y que también se refleja en las Memorias de los Presidentes de la Corte Suprema que pidieron la modificación del código penal de 1863, a los pocos años de haber entrado en vigor. Este hecho explicaría por qué los (p. 50) intentos de reforma anteriores al de 1916 y a cargo sobre todo de magistrados, se caracterizaron por su continuidad en seguir al modelo hispánico.

Estos intentos de reforma tuvieron lugar en los años 1871, 1873, 1877, y 1900. En estas ocasiones, el poder ejecutivo designó diferentes comisiones. Sólo las tres últimas culminaron sus trabajos con sendos proyectos. Aunque no coinciden en sus orientaciones, existió cierta correspondencia temporal entre estos intentos de reforma y los que se realizaban en España: Proyecto Salmerón (1873), Proyecto Estrada y Dávila (1877), Proyecto de la comisión de 1879, Proyecto Silvela (1884), Proyecto Alonso Martínez (1886), Proyecto Vellaverde (1891) (Jimenez de Asúa 1956: I, 718, 719). De los tres proyectos, sólo los elaborados por las dos últimas comisiones fueron publicados.

En el proyecto de 1877, elaborado por don Juan Antonio de Ribeyro, figuran algunos nuevos delitos, y la pena de muerte es reemplazada por la de 20 años de penitenciaría. Estas modificaciones fueron inspiradas por la legislación española - quizás por el código de 1870, en cuanto se refiere a la parte especial - y por el proyecto Salmerón de 1873, respecto a la pena de muerte. En lo que atañe a esta última, sin embargo, se debe tener en consideración que el proyecto peruano de 1859 ya preveía su eliminación (Zavala Loyaza 1941: 59). Entre los nuevos delitos que incorporaba pueden señalarse los de "desobediencia y de negación de auxilios" por parte de empleados, el de "negociaciones prohibidas a los empleados", el perjurio, la falsificación de billetes de banco, etc. En España, el proyecto de Bugallal de 1880 contiene, por primera vez, este último tipo de falsificación, por lo que no se puede considerar que la ley española sirviera de modelo.

El proyecto elaborado por la comisión nombrada en 1900 es un trabajo incompleto, que no contiene modificaciones sustanciales en relación a los precedentes. Lo único que merece ser nombrado es, quizás, el hecho de que la duración y los límites *mínimum* y *máximum* de las penas ya no eran determinados mediante el sistema de (p. 51) "términos" y "grados", sino por años. Lo que significaba reconocer al juez mayor arbitrio en individualización de la pena.

La reacción contra las ideas tradicionales del derecho natural y del Krausismo fue obra del positivismo, que alcanzó su máxima vigencia doctrinaria entre 1885 y 1915.

Desde muy temprano, el positivismo se hizo presente en el campo jurídico. Así, según Salazar Bondy, en 1871, Juan Federico Elmore, profesor de derecho en San Marcos, se declara partidario de la teoría de la evolución. Tres años más tarde, el decano de esa facultad, José Antonio Barrenechea, reconoce la importancia de la filosofía positiva en la fundamentación de las ciencias sociales. Por su parte, Javier Prado, una de las principales figuras del positivismo filosófico peruano, dará en 1890 un paso decisivo en este camino, al propugnar la aplicación del método positivo al derecho penal (Salazar Bondy 1965: II, 42). Este último autor criticó el derecho natural clásico por su pretensión de "abarcar en un solo concepto y apriorísticamente la unidad total de la naturaleza humana" y, en su opinión, "de la justicia universal, mito del derecho natural o del delito y del delincuente universales, que domina la mente del penalista tradicional, no se puede extraer ninguna norma real y fecunda de conducta" (Salazar Bondy 1965: II, 42). Por esos años, otras tesis de orientación positivista fueron sustentadas en San Marcos. Por ejemplo, "El positivismo penal" de Augusto Ríos (1897), "La sociedad y el delito" de Plácido Jiménez (1897), "¿ Se justifica la pena capital en el nuevo campo del positivismo ?" de Gonzales Pineda Iglesias (1898), "El método positivo en el derecho civil" de Hugo Magill (1899).

Sin embargo, fue Manuel Vicente Villarán " el verdadero conductor del movimiento positivista y su figura más conspicua". Su acción "es notable aquí por haber realizado, desde la cátedra de derecho natural que ocupó en 1895, la reforma de los estudios jurídicos según los principios de la orientación positivista" (Salazar Bondy 1965: I, 123).

Por su importancia en el dominio de la legislación penal, es de mencionar, por último, a Mariano H. Cornejo, (p. 52) quien fue el verdadero fundador de la sociología en el Perú y el más destacado positivista en ciencias sociales y, además, autor del código de procedimientos penales en 1920.

Con el objeto de comprender la importancia de las ideas positivas en el proceso de recepción del derecho penal foráneo, es de tener en cuenta que el auge del positivismo se dio, como ya lo hemos indicado, entre 1885 y 1915; período comprendido entre la puesta en vigencia del código de 1863 y el primer proyecto de código penal de Maúrtua de 1916. Su introducción en la enseñanza filosófica se produjo en el dominio del derecho, de las ciencias sociales y de las ciencias medicas. Justamente, hemos visto que fue en el campo del derecho penal donde Javier Prado planteó claramente el recurso al método positivista, con el objeto de abandonar el subjetivismo imperante entonces y de apreciar convenientemente los factores sociales y personales del delito (alcoholismo, locura, epilepsia, desocupación, etc).

En derecho penal debe distinguirse con cuidado entre el positivismo filosófico y el positivismo penal, como escuela o corriente surgida en Italia. Este último surgió, precisamente, por la aplicación del método positivo en derecho penal y se caracterizó, primero por negar el libre arbitrio como fundamento del castigo penal y sustituirlo por la "responsabilidad social"; segundo, por considerar al delito como fenómeno social y no como entre jurídico; y, por último, por sustituir la pena-retributiva por medidas de prevención y tratamiento impuestas conforme a la peligrosidad del agente. La influencia alcanzada por el positivismo filosófico en los diferentes campos del saber y, en particular, por el "positivismo italiano" en el derecho penal, propició la incorporación de algunas disposiciones del proyecto positivista de Ferri en el código penal peruano de 1924. La reacción contra el positivismo se materializó en el surgimiento de la corriente espiritualista y fue iniciada en la filosofía por Alenjandro Deustua (Sobrevilla 1978: 40). En el campo del derecho, destacó como crítico del positivismo Víctor M. Maúrtua, asimismo, como (p. 53) propulsor de las corrientes doctrinarias de cepa hegeliana y neokantiana. El fue el autor del proyecto de código penal de 1916 e intervino en la redacción del texto definitivo. El rechazo del positivismo por parte de Víctor M Maúrtua, explica por qué éste se inclinó en el proyecto, teóricamente, por un modelo ecléctico como el helvético y no por el marcadamente positivista de Ferri. La influencia positivista era tan fuerte que el primer intento de reforma del código penal de 1924, tres años después de su entrada en vigencia, estuvo claramente inspirado en ese movimiento. Se trató, precisamente, del proyecto Cornejo-Jiménez.

La recepción del derecho penal foráneo en el Perú, especialmente del suizo

- a) Contexto legislativo internacional en que tuvo lugar la reforma del código penal de 1862
- b) Modelos legislativos foráneos utilizados en la elaboración del código penal de 1924

a) Contexto legislativo internacional en que tuvo lugar la reforma del código penal de 1862

El movimiento de reforma que culminó con la promulgación del Código penal de 1924, hasta ahora vigente, se inició con el nombramiento de una comisión parlamentaria (tres senadores y cuatro diputados) para que elaborase un nuevo proyecto (Ley No 2110 del 26 de enero de 1915). Este nuevo preparado por Víctor M. Maúrtua, ponente del Código.

En 1919, el Congreso sancionó un nuevo código de procedimientos penales, antes de pronunciarse sobre el proyecto de código penal. Con el fin de culminar el proceso de reforma y de concordar el proyecto de código penal sustantivo con el nuevo o código procesal, el Congreso nombró una nueva comisión (Ley No 4460 del 27 de diciembre de 1921). Esta comisión incorporó en su seno al Dr. Víctor M. Maúrtua -autor del proyecto- para que participara en sus trabajos. Luego de realizar algunas modificaciones y hacer algunos agregados, la comisión remitió el proyecto al Congreso. Este lo aprobó sin discusión en enero de 1924. Fue promulgado el 28 de julio de 1924 (Ley No 4868 del 27 de julio de 1924) y comenzó a regir al día siguiente.

Para comprender correctamente el proceso de reforma de nuestro derecho penal, cuyos hitos principales (**p. 56**) acabamos de señalar, resulta necesario ubicarlo dentro del movimiento legislativo que se operó en Europa y en América Latina, y del cual, precisamente, nuestra reforma fue en cierta manera una repercusión.

En Europa se desarrollaba entonces una intensa lucha entre los representantes de las diferentes escuelas penales, principalmente entre la clásica y la positivista. La primera tuvo su máximo exponente en el código italiano de 1889, llamado "Código Zanardelli", caracterizado por su fidelidad a la concepción de la pena retributiva y al libre albedrío como fundamento de la culpabilidad, y su rechazo a las medidas de seguridad y tratamiento. La única concesión que hace a las críticas positivistas es la admisión de medidas en relación a los delincuentes inimputables (incapaces).

El movimiento positivista italiano, iniciado por Lombroso en 1876 (año de publicación de su obra *El hombre delincuente*) y continuado por Ferri y Gorofalo, tuvo su consagración legislativa en el proyecto italiano de 1921, elaborado por una comisión presidida por Enrico Ferri y cuyos principios fundamentales hemos señalado, esquemáticamente, en páginas anteriores.

Las ideas de la llamada "Escuela de la política criminal", cuyo máximo representante fue Franz Von Liszt, fundador de la Unión Internacional de derecho penal junto con Prins y Hamel, se impone progresivamente y logran influir fuertemente los trabajos legislativos que se realizaban en Suiza, tendientes a unificar el derecho penal. Stooss elaboró su primer proyecto en 1893 y 1894, de acuerdo al cual se hicieron los proyectos de 1908, 1916 y 1918, proceso que culminó con la adopción del Código federal de 1937. En Alemania misma, esta corriente no alcanzó el mismo éxito. Los proyectos germanos de la época fueron los de 1909, 1913, 1919 y 1921. En 1911, Franz von Liszt, Goldschmidt, Kahl y von Lilienthal prepararon un contra -proyecto con el fin de dar mejores pautas para la reforma. Los proyectos de 1913 y 1919 que, según Jiménez de Asúa (1956: I, 347), "bien puede decirse que es una (**p. 57**) misma obra", fueron publicados en 1921. En el sistema represivo del proyecto de 1919 aparecen, junto a la pena y en sección aparte, las medidas de seguridad y prevención

En Francia, el código de 1810 fue modificado por leyes parciales pero no de manera sustancial. En algunas de ellas se advierte, a partir de 1880, una cierta influencia positivista (hubo dos intentos de reforma en 1892 y 1934).

Quintiliano Saldaña dijo, refiriéndose al período de la historia española comprendida entre 1812 y 1876, "a todo movimiento político prelude o sigue un movimiento penal" (Saldaña s/f: I, 495). También esto es exacto, aunque se parcialmente, con relación a los intentos de reforma del código de 1870. Según el mismo Quintiliano Saldaña, los proyectos de 1877, 1879 y 1880 buscan fundamentalmente la adecuación del código a los preceptos de la carta política. Junto a estos intentos existieron otros de mayores pretensiones, sobre todo de carácter teórico (Saldaña habla de "reforma científica": I 609). Entre ellos es de señalar el proyecto de Luis Silvela, uno de los "más científicos que

se han compuesto en España, y para su época, una obra de la más alta estima" (Jiménez de Asúa 1956: I, 720); el proyecto Montilla, redactado por Bernaldo de Quiroz a imitación del proyecto Suizo de Stooss (texto de 1903), de redacción "oscura y difícil", que contiene "los antiguos prejuicios y los últimos adelantos en ciencias penales" (Saldaña s/f: I, 614) Jiménez de Asúa lo consideró como la "obra de máxima valía que llegó a imprimirse" (1956: I, 720).

En América Latina se efectuaron por entonces diversos procesos de reforma penal. Para nuestros fines, es necesario señalar en Argentina el proyecto de 1916-1917, que fue aprobado en 1921 y comenzó a regir en 1922. Según Jiménez de Asúa (1943: 225), "es un tímido documento de tendencia político-criminal, lindante con el neoclasicismo, cuya construcción técnica, a pesar de sus muchos defectos, es estimable".

En el código penal de Venezuela de 1912, era marcada la influencia del código italiano de 1889 (Código (p. 58) Zanardelli, lo mismo que en el código brasileño de 1890. En Uruguay, el legislador tuvo en cuenta el proyecto de Zanardelli para la elaboración del código de 1889.

b) Modelos legislativos foráneos utilizados en la elaboración del código penal de 1924

El acto legislativo que constituye, según lo hemos expuesto antes, una fase del proceso de recepción, tuvo lugar en el Perú casi silenciosamente. No se dieron discusiones públicas en torno al proyecto, aun cuando fue publicado en un diario de gran circulación como *La Prensa*. La comisión redactora no dejó actas de los debates que sostuvieron sus miembros; algo distinto sucedió con la comisión que elaboró, en bloque y sin discutir el texto mismo, el proyecto definitivo. De modo que las únicas fuentes que existen para determinar los modelos que fueron seguidos son: primera, la brevísima exposición de motivos del proyecto, redactada por Víctor M. Maúrtua y, segunda, la comparación del texto mismo con las diferentes leyes extranjera (es decir, el método comparativo).

Las fuentes utilizadas por Víctor M. Maúrtua en la elaboración del código fueron diversas. No se trata, pues, de la recepción de un sólo código extranjero *in toto*. Al mismo tiempo que mantenía algunos elementos del código de 1863, importó disposiciones e ideas contenidas en códigos foráneos. Respecto a aquéllas, las transcribió fielmente, les hizo algunas modificaciones o las utilizó parcialmente para confeccionar una regla ya existente en la legislación nacional o proveniente de un modelo extranjero. En algunos casos, asimiló una idea para plasmar una norma legal sin precedentes nacionales o para modificar una vigente. Las fuentes del código penal peruano pueden clasificarse en dos grupos, de acuerdo a su importancia. Las más frecuentemente utilizadas fueron la suiza, la italiana y la argentina. En algunas disposiciones se revela la influencia uruguaya, holandesa y sueca.

Lo que queda de la enorme influencia española es lo que el legislador conservó del código derogado que, (p. 59) como lo hemos señalado antes, tuvo como fuente el código español de 1848-50, y lo que toma de la fuente argentina.

Antes de señalar los alcances de la influencia helvética, es necesario determinar cuál de los proyectos suizos consultó nuestro legislador de manera inmediata. En el Perú existe cierta confusión al respecto. Esto es debido, en primer lugar, a que no se ha tenido en cuenta que muchas disposiciones del código vigente ya habían sido previstas en el proyecto de 1916, por lo que su fuente inmediata no puede ser el proyecto suizo de 1918. En este error incurre con bastante frecuencia, por ejemplo, Bramont Arias, en su código penal anotado. En segundo lugar, esto se debe a cierta inexactitud al dar por elaborado el proyecto nacional en 1916. Según nuestras averiguaciones, dos textos fueron publicados como resultado del trabajo de la comisión de 1915. Uno apareció en el diario *La Prensa* el 16 de agosto de 1917, como documento parlamentario. El otro fue publicado por la Cámara de Diputados en 1918, con la siguiente indicación: "Texto definitivo del proyecto presentado por el diputado ponente Dr. Víctor M. Maúrtua y discutido y aprobado por la comisión en sus sesiones de 1916". En la Memoria del Presidente de la Corte Suprema del año 1920 se hace referencia a que el "proyecto de 1916 está en la Orden del día de la Cámara de Diputados, desde el 13 de noviembre de 1917". En la de 1922, se habla del "proyecto de código penal redactado desde fines de 1916" (Anales Judiciales 1920: 297; 1922: 284). Ambos presidentes deben haber tenido en cuenta el texto publicado en 1918.

Surgen dudas acerca de la veracidad de la anotación hecha en la publicación de la Cámara de Diputados, debido a que esta última versión es más avanzada y técnicamente mejor elaborada que la publicada periódicamente en agosto de 1917. En ambos proyectos, se advierte ya la influencia suiza. Sin embargo, se conservan diversas disposiciones del código de 1863, de inspiración española. Esto es más acentuado en el texto de 1917. En éste se denomina al "internamiento

perpetuo" del otro texto como "pena de trabajo forzado a perpetuidad" (art. 10). Sólo se prevé como medida de seguridad, y de acuerdo al **(p. 60)** modelo Suizo, el internamiento en un hospital u hospicio de irresponsables y de imputables relativos, considerados peligrosos. Por el contrario, en el de 1916 ya se incorporan otras medidas en relación a las personas que delincan a causa de desarreglo u ociosidad en que viven, a salvajes e indígenas degradados por la servidumbre y el alcoholismo. En este texto, de un lado, se regulan de manera más completa la pena de multa, la liberación condicional, la reincidencia y el régimen de prisiones; de otro lado, se simplifican las disposiciones sobre tentativa, prescripción de la acción penal y de la pena, y reparación civil.

Si el texto de 1916 hubiese sido realmente elaborado en dicho año, el texto suizo empleado por nuestro legislador debería haber sido el del anteproyecto suizo de 1908. No podía haber sido el texto de 1915, o el de 1916, ya que el primero tiene como fecha de publicación el año 1917 (*Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Fassung von August 1915, Schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement, Januar 1917, Zurich*) y el segundo, sin fecha de impresión, fue publicado precedido de una introducción "Observations préliminaires") fechada en noviembre de 1916 (*Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Fassung der Zweiten Experten Kommission Oktober 1916 - Zurich*).

Sin embargo, la observación de algunas de sus disposiciones nos conduce a una afirmación diferente. Así, la disposición concerniente a la inimputabilidad (art. 60, inc. 1), que sólo fue incorporada por el legislador helvético en el texto de su proyecto de 1915 (publicado en 1917), ha sido elaborada de acuerdo al criterio "bio-psicológico" estatuido en dicho proyecto. En el anteproyecto de 1908, aceptaba todavía el legislador helvético el criterio "biológico". En el proyecto peruano de 1916 se adoptó la primera concepción.

En el artículo 17, párrafo segundo, de este proyecto, nuestro legislador ya establecía que si el delincuente, sometido a la medida de seguridad del internamiento en una casa de trabajo, ha demostrado en los tres primeros meses ser incapaz de aprender a trabajar, se le aplicará la **(p. 61)** pena impuesta. Esta regla fue establecida sólo en el texto suizo de 1915, ya que no figuraba en el texto de 1915 ni en el de 1918. Del mismo modo, el texto de las disposiciones del artículo 388 del código peruano corresponde más al texto suizo del anteproyecto de 1916, reproducido en el proyecto de 1918 (arts 360 y 353, respectivamente). Por estas consideraciones cabría pensar que el texto conocido como "proyecto de 1916" fue elaborado posteriormente; pero antes de 1918, fecha de su publicación. La comisión de 1921, que revisó este proyecto, consultó también el proyecto suizo de 1918 (*Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de Code penal suisse. Du 21 juillet 1918, s/d*), como tendremos oportunidad de constatarlo más adelante.

En la parte general del código, la influencia suiza es evidente y de gran importancia, sobre todo en dos aspectos. El primero es el referente a la regulación de los elementos del delito. Gracias a ella, nuestro legislador incorporó un título consagrado a la culpabilidad, como fundamento de la pena. Para esto adopta las definiciones helvéticas de la inimputabilidad (presupuesto psicológico de la culpabilidad), del dolo y de la culpa (formas o especies de la culpabilidad) y, asimismo, del error de hecho y de derecho (como causas influyentes en la existencia o atenuación de la culpabilidad). En la legislación anterior a 1924 y en los proyectos de reformas del código de 1863, no se estatuyeron disposiciones de esta naturaleza. En ellos, por el contrario, subsistía un buen número de casos de "responsabilidad por el mero resultado" (responsabilidad sin culpabilidad). De modo que nuestro legislador buscó, mediante la incorporación de las mencionadas reglas suizas, perfeccionar nuestro ordenamiento penal, situándolo en el mismo nivel de evolución del derecho europeo. En ese derecho se habían materializado los resultados del largo proceso de evolución del derecho europeo. En ese derecho se habían materializado los resultados del largo proceso de evolución que va desde la responsabilidad material (por el mero resultado) a la responsabilidad personal (por la culpabilidad).

El principio "no hay pena sin culpabilidad" es confirmado en la parte especial del código, también debido a **(p. 62)** la influencia suiza: de manera general, por el modo en que se regulan los diferentes delitos y, en particular, por la sistemática adoptada en relación al delito de lesiones. Al respecto, nuestro codificador adoptó la forma preterintencional y reguló específicamente el caso en que se cause, de manera fortuita, lesiones a una persona.

El segundo aspecto en que se revela la enorme influencia helvética, en la parte general del código, es el concerniente a la sanción. En este dominio, el legislador adopta el sistema dualista de los proyectos suizos. La infracción no sólo puede dar lugar a la aplicación de una pena sino también a la de una medida de seguridad. Respecto a la pena, trata de evitar la imposición de penas privativas de libertad de corta duración mediante la aplicación de la pena de multa, estatuida para diversas

infracciones leves, y la concesión de la condena condicional (suspensión de la ejecución de las penas no mayores de seis meses, según el texto original). En cuanto a las medidas de seguridad, no sólo incorporó la referente a los inimputables (enfermos mentales, por ejemplo), como ya lo había hecho el legislador italiano en 1889, sino que, siguiendo a los proyectos helvéticos, incorporó también las referentes a los ebrios habituales y a los que viven en la ociosidad o de manera desarreglada. Esta orientación suiza debió influir, igualmente, en nuestro legislador al determinar el tratamiento de los indígenas semicivilizados (degradados por la servidumbre y el alcoholismo) y de los salvajes.

También es importante la influencia suiza en lo referente a la individualización de la pena. Si bien nuestro codificador reconoce la peligrosidad junto a la culpabilidad como fundamento de la medición de la pena, otorga mayor importancia a esta última en el contexto general del código. Así, por ejemplo., en las reglas para determinar el grado de participación en la infracción y el de ejecución del delito. Por esta vía, el legislador nacional logra completar la vigencia del principio "no hay pena sin culpabilidad" que procede, como lo hemos visto antes, de la fuente helvética.

(p. 63) En relación a la parte especial del código, la influencia helvética se encuentra presente en casi todas sus disposiciones. Se debe exceptuar, principalmente, la correspondiente a algunas infracciones contra el patrimonio, a los delitos de piratería, rebelión y sedición. La estructura general del libro segundo del código (delitos contra la persona, contra la sociedad y contra el Estado) es de inspiración suiza.

Sería largo enumerar, detalladamente, las diversas disposiciones de nuestro código que constituyen una fiel traducción de la fórmula helvética, o que contienen una idea o un aporte de igual inspiración. Esto lo hacemos de manera más o menos completa en el anexo de este trabajo. Por ahora bástenos agregar que la influencia suiza se revela aún en la desaparición de ciertos delitos considerados en el código de 1863. Pensamos, sobre todo, en los delitos contra la religión.

De acuerdo a la preeminencia de la religión católica y de sus estrechos vínculos con el Estado, resultaba en 1863 hasta natural que se reprimiese "la tentativa para abolir o variar en el Perú la religión católica, romana" y la celebración de "actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica". En Suiza, por el contrario, las luchas religiosas habían puesto en peligro la existencia misma de la Confederación y sus secuelas aún perduraban en el momento de la elaboración de los proyectos. De allí que el legislador estaba impedido de inclinarse a proteger a algunas de las iglesias, sin correr grandes riesgos, comprendido el que no fuera aprobado dicho código plebiscitariamente por la población. Por esto, se limitó a reprimir, en la sección de los delitos contra la paz pública, ciertos atentados contra la libertad de creencias y de cultos. Y este fue el modelo que siguió nuestro codificador para reprimir a quien escarneciera, en público y de manera vil, "las convicciones de otro en materia de creencia" (es decir, aun las de un ateo), "profanare los objetos de veneración religiosa" (de todos aquellos conformes al orden público nacional), turbare o escarneciera, públicamente y por malignidad, un acto cultural o "profanare un lugar o **(p. 64)** un objeto destinado a un culto o acto cultural permitido por la constitución". La adopción de este criterio, en nuestro medio, significó un sensible progreso en relación con la legislación anterior a 1924.

La segunda fuente legal utilizada por nuestro legislador, según su importancia, es la italiana. Dicha fuente procede de dos vertientes: el Código penal de 1889 (Código de Zanardelli) y el proyecto Ferri de 1921. De ambos, el último tuvo mayor relevancia, debido a que se refirió a aspectos importantes de la parte general del código. Por ejemplo, la concepción positivista de la peligrosidad, admitida junto a la culpabilidad como fundamento de la penalidad (art. 51) y el intento del legislador de establecer como base común de las medidas de seguridad el "peligro social" que representa el agente (art. 83).

Las influencias holandés y sueca están circunscritas a dominios bastante reducidos. La primera, fundamentalmente, a las reglas sobre la aplicación de la ley penal en el espacio y, la segunda, a la regulación de la pena de multa de acuerdo al sistema de "días-multa". La influencia española, hegemónica en el código de 1863, se debe, primero, al hecho de haber conservado nuestro legislador algunas disposiciones del código derogado y, segundo, a la influencia del código argentino de 1921. Un ejemplo típico del primer caso es la reproducción de las disposiciones concernientes a la reparación civil. En cuanto a la influencia argentina, se halla centrada en las disposiciones de la parte especial que no fueron elaboradas conforme al modelo helvético. Por ejemplo, las concernientes a los delitos de defraudación, usurpación, piratería, rebelión y sedición.

Las relaciones peruano-argentinas en este aspecto son bastante complejas. Los procesos de reforma en ambos países tienen lugar en forma casi simultánea por lo que ambos legisladores tuvieron oportunidad de consultar los textos que elaboraban. Así, de la comparación de las disposiciones en que se advierte influencia argentina con las disposiciones del código gaucho, se desprende que el

legislador peruano tuvo en cuenta los proyectos argentino de **(p. 65)** 1906 y de 1916-17 (publicados en 1906 y 1917) y que el codificador argentino conoció el proyecto peruano de 1916 (publicado oficialmente en 1918).

De esta manera hemos descrito, someramente, el acto legislativo de la recepción del derecho penal foráneo (principalmente suizo), practicado por nuestro legislador en 1924. Para los detalles, véase el anexo inserto al final de este trabajo.

Las diferencias etnoculturales de la población en el Código Penal de 1924

- a) Preocupación de Víctor M. Maúrtua de considerar dichas diferencias al elaborar el código penal
- b) Los indígenas semicivilizados
- c) Los salvajes
- d) Los civilizados
- e) Contexto histórico-ideológico en que Maúrtua elabora las normas sobre indígenas y salvajes

a) Preocupación de Víctor M. Maúrtua de considerar dichas diferencias al elaborar el código penal

El esfuerzo de Víctor M. Maúrtua para elaborar un código no alejado de la realidad nacional, se manifiesta de dos maneras. La primera consiste en el cuidado que tuvo, generalmente, de no tomar automáticamente toda disposición extranjera. Al estudiar las fuentes legales que utilizó, hemos tenido ocasión de destacar este hecho. Maúrtua tuvo cuidado, antes de incorporar una disposición foránea, de que tuviera un precedente nacional y, muchas veces, utilizó en la redacción de la nueva disposición el giro existente en nuestra legislación o mantuvo en parte su contenido. De esta manera logró, a pesar de los cambios fundamentales que realizó mantener una cierta continuidad legislativa. Esta adecuación o lo "nacional" fue, evidentemente, de carácter formal; es decir, a nivel de lo jurídicamente, de carácter formal; es decir, a nivel de lo jurídico. Y por esto mismo, no muy diferente a la labor que realizar el legislador de 1863, al efectuar las modificaciones técnicas de la legislación española, importada entonces, con el fin de hacerlas - en su opinión- mejor aplicables en nuestro país.

La segunda manera en que Maúrtua trató de adecuar el nuevo código penal a la realidad nacional, consistió en tener en cuenta las diferencias etnoculturales existentes entre los pobladores del país. En materia penal, se trató (**p. 68**) de un intento sin precedentes en la legislación republicana. La importancia de este hecho justifica que lo estudiemos con detenimiento. Determinaremos, primero, el modo en que trató de considerar tales diferencias en el texto legal. Luego, señalaremos la concepción antropológicas con la que trabajó y, por último, indagaremos las razones históricas que condicionaron su intento.

En el código penal, Víctor M. Maúrtua incorpora, en primer lugar, una medida de seguridad destinada a un grupo de personas que denomina "salvajes". Conforme al art. 44, "tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaria y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años". Podrá ser puesto en libertad condicional si cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado". "su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario continuara en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años".

En segundo lugar, considera a los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo como imputables relativos. En el art. 45, dispone que tratándose de delitos perpetrados por estas personas "los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 90". Dispone asimismo la posibilidad de someterlos a una medida de seguridad consistente en el internamiento en una colonia penal agrícola o de tratarlos mediante la educación para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el art. 42, en relación con quienes delinquen a consecuencia del desarreglo o de la ociosidad en que viven.

De estas disposiciones aparece que nuestro legislador distinguió entre los peruanos, primero, civilizados; segundo, indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo y, por último, salvajes. La (**p. 69**) condición personal de los segundos hizo que los considerase como imputables relativos y estableciera una represión prudente o la aplicación de una medida de seguridad, de acuerdo a su "desarrollo mental", "grado de cultura" y "costumbres". En cuanto a ellos

no estatuye, explícitamente, un objetivo específico para la sanción impuesta. Los "salvajes" son para nuestro legislador los nativos de la región selvática. Y dispone que en caso de sancionárseles con pena privativa de la libertad, esta sea sustituida con una medida de seguridad consistente en la "colocación en una colonia penal agrícola"; y señala como fin a alcanzar la "asimilación a la vida civilizada" y hacerles adquirir una "moralidad" que los haga aptos para "conducirse" bien.

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

b) Los indígenas semicivilizados

Por indígenas semicivilizados entendía el legislador al campesino y/o pastor andino que vive en el medio rural y que no era hispanohablante o alfabeto. No consideró su cultura y, en especial, sus costumbres como elementos merecedores de ser conservados a fin de proteger la personalidad del grupo social sino que, aferrándose a su "cultura", a su "civilización", el legislador opta por una actitud proteccionista, paternalista. De este modo, atenúa la pena a imponérseles, por considerarlos insuficientemente capaces de comprender si actúan delictivamente y de determinarse conforme a esa apreciación, o los somete a un tratamiento especial en función a su estado personal. De esta manera, Maúrtua no se alejó, como ya lo hemos señalado antes de la concepción y de la actitud (**p. 70**) predominantes en relación al problema indígena, durante el periodo en que fue elaborado el proyecto del código penal y fue promulgado; concepción y actitud que se mantuvieron también en el dominio civil, como lo demuestra el hecho de que la comisión de reforma del código civil, en su sesión del 2 de diciembre de 1922, aprobó la fórmula "son incapaces relativos los individuos de la raza indígena que no hablan castellano" (Actas...1928,1er, fascículo, 59). Al discutirse este problema, en el seno de la propia comisión, se llegó a plantear la necesidad de regular un sistema de tutela para estos sectores de la población. En la sesión del 4 de noviembre de 1922, M.A. Olaechea trajo a colación el peligro de que se reviviera el sistema colonial de las encomiendas (Actas... 1928: 1er. fascículo,40,41) por el que se sometió al indio a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiese los beneficios de la fe y la civilización. Pero, al mismo tiempo, Olaechea sostuvo, igualmente, que la "cuestión indígena es una obra de extensión de la civilización por el fomento de la riqueza y de la educación del país y del indio" (Actas...1928: 1er. fascículo, 41).

Este tipo de concepción no primó sólo en nuestro país, sino también en otros países latinoamericanos donde existía el problema indígena. En el Paraguay, por ejemplo, se llegó a someter a los indígenas a los tribunales de menores. Vale la pena señalar que aún en 1940, en el Segundo Congreso de Criminología, se acordó "recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales, tengan muy en cuenta el factor indígena, sobre todo en aquellas naciones en que este elemento étnico es numeroso, procurando la adopción de una legislación tutelar que tienda perfectamente a su incorporación a la vida civilizada".

El Boliviano José Medrano Ossio (1914:61), quien presentó la ponencia sobre este problema, consideraba que "el estancamiento o paralización del desarrollo normal de las facultades mentales del indígena" se debía a la "ausencia de medios educacionales esenciales, medios de los que se rodea a todos los individuos que no sean de esta clase", y que debido a sus "antecedentes psicológicos", a (**p. 71**) la "inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases" y a su "realidad social" debe ser "considerado inimputable por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medios psicopedagógicos, psiquiátricos y otros que hagan del indígena un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada". En ningún país latinoamericano en que se presenta este problema se ha adoptado una solución tan extrema. En los intentos realizados últimamente, la declaración de inimputabilidad de un indígena se hace depender de que su capacidad derive de su "inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción" (código penal boliviano de 1973), o de su "incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación a la cultura" (proyecto de código penal venezolano de 1969).

La visión antropológica respecto a los semicivilizados que nuestro legislador plasmó en el código penal, no representó una toma consciente de posiciones de parte de Maúrtua y demás codificadores, por no ser peritos ni contar con el asesoramiento de especialistas en la materia. La concepción que se deriva de las disposiciones del código aparece, mas bien, como un saber prosaico en el cual se

reconocen supervivencias, en forma de creencias sinceras aunque falsas, de tesis imperantes en el siglo XVIII y ya largamente superados, en 1924, en el campo de la antropología.

La Antropología del "Siglo de las Luces" busco comprender al hombre americano no sólo desde la perspectiva histórica europea sino también con los datos proporcionados por la historia natural. Los estudios de Buffon, De Pauw y Commerson, principalmente, destruyen la imagen mítica del "buen salvaje" que hasta entonces se tenía de los americanos. Para Buffon, todos ellos "proceden de una y la misma cepa, eran, y todavía son salvajes" y tanto mexicanos como peruanos que "hacia poco que se habían civilizado no constituyen excepción" (Duchet 1976: 205). Por su lado, De Pauw afirmó, explicando las razones del rápido triunfo de los conquistadores, que los ejércitos indígenas "estaban integrados por hombres cobardísimos y de una flojera increíble, lo cual no puede tener como causa (p. 72) plausible mas que la degeneración de la especie humana en esta parte del globo" (Duchet 1976: 206). Contra estas ideas opinó Commerson, dentro de un contexto teórico que importaba el resurgimiento del mito del "buen salvaje", pero no en base a considerar el "estado natural" sino las "circunstancias sociales" en que vivían los nativos. De acuerdo a su criterio, "los peruanos no son por naturaleza esos seres degradados y decadentes de que habla De Pauw. Su "indiferencia estúpida y universal" no es prueba, de ninguna manera, del genio embrutecido de los americanos, sino ejemplo de ese profundo embrutecimiento en que la tiranía puede hundir a los hombres... todos los resortes de su alma están quebrados" (Duchet 1976: 210).

En cuanto a la terminología empleada y a la escala progresiva establecida (salvajes, semicivilizados y civilizados), el código se acerca a la concepción evolucionista del siglo XIX, justificando así y en cierta medida la necesidad de las técnicas asimilacionistas o civilizadoras que adoptaba. Según los cánones de la concepción evolucionista, la categoría correspondiente a los designados en el código como semicivilizados, es la de los bárbaros que se encuentran en un estadio de evolución intermedio entre el origen y la modernidad. De esta manera, en el código penal, en relación con los llamados semicivilizados, aparecen refundidos, criterios propios a diferentes ideologías y saberes antropológicos. Esto hace pensar que el codificador se nutrió mas de lo "imaginario colectivo" que de verdades comprobadas a posteriori.

c) Los salvajes

Al referirse a los "salvajes", el legislador nacional pensó en los habitantes de la selva, constituyentes de los casi 64 grupos etnolingüísticos, culturalmente diferentes no sólo por su taxonomía idiomática, sino también por las formas de asentamiento, los patrones de residencia, la organización social, los medios de subsistencia, la artesanía, etc. De este modo y como en el caso del término "indígena", bajo la expresión "salvajes", se reduce y homogeniza una realidad variada.

(p. 73) Como en el caso de los semicivilizados, la concepción del legislador respecto a los denominados "salvajes", no es científicamente sostenible y su procedencia se remonta a la ideología imperante en el Siglo de las Luces. Desde Rousseau hasta Commerson y Maudave se suceden, alternativamente, las visiones del "buen salvaje" y del "mal salvaje". Estas perspectivas correspondieron a los distintos proyectos que la civilización europea trató de imponer a los americanos, luego de la conquista. Al mismo tiempo, constituyen respuestas a la reacción que los "salvajes" adoptaron frente a la dominación colonial. El "buen salvaje" es el dócil, el receptivo a lo que se le pretende inculcar; el "mal salvaje" es el rebelde, el cruel y el pagano.

El criterio que imperó en el legislador no fue el del buen salvaje. Al comprobar que se encuentra fuera del medio jurídico nacional, no consideró oportuno castigarlo sino someterlo a una medida de seguridad teóricamente no represiva, a fin de incorporarlo a la "civilización"; es decir, de hacerlo "bueno" mediante la inculcación de las buenas costumbres y de los principios morales imperantes entre los "civilizados".

Los llamados "salvajes" se encuentra, pues, marginados, y no forman parte, integralmente, de la comunidad nacional. Con esta realidad se enfrenta el principio que las leyes rigen en todo el territorio de la república y para todos sus habitantes. De donde surgió la necesidad de encontrar la fórmula que permitiese que un código, elaborado teniendo en cuenta a los "civilizados", fuese también aplicado a aquellas personas marginadas de la comunidad nacional. Con este objeto, el legislador no optó por reconocer la autonomía cultural de aquellas minorías ni por tratar de incorporarlas como sujetos activos en el goce de los servicios que ofrece el Estado y en la toma de decisiones en el dominio local y nacional. Por el contrario, las considera como una categoría y modalidad específica y a la sombra de una concepción de la pena como medio civilizador. De allí que en el caso del código penal, el

hecho de que un salvaje incurra en una de las infracciones previstas en el mismo código, es tomada como una ocasión **(p. 74)** propicia para ejercer la función moralizadora y civilizadora que le atribuye el Estado. Función que espera poder cumplir mediante establecimientos de detención especiales (colonias penales), los que "serán organizados en el propósito de adaptarlos (a los salvajes) en el menor tiempo posible al medio jurídico del país" (art. 44).

Teniendo en cuenta la solución adoptada por el codificador y que acabamos de explicar, se puede afirmar que en última instancia, se erige el Código sobre un deseado "orden nacional" en lugar de hacerlo sobre una "comunidad nacional" (Costa 1976: 273). Es evidente que de esta manera, se manifestaba el problema de la nacionalidad, de la cultura nacional, del Perú como nación.

La cultura incipiente y las costumbres de estos grupos, étnicos, llamados salvajes, son rechazados de plano por el legislador, pues no hace referencia alguna a ellas en el texto legal. Son más bien, explícitamente, tenidos en cuenta para justificar la actividad de civilizarlos. Es decir, su aculturación, la pérdida de su identidad y la adquisición de otra que los convertirá en extraños dentro de su comunidad originaria y que los transformara, en el mejor de los casos, en marginados dentro del grupo civilizado, ya que además de su falta de vínculos sociales, se encuentran estigmatizados por la sanción penal.

La colonia penal, tal como esta concebida en el código, recuerda mucho a las reducciones organizadas por los misioneros durante la colonia, en las que se encerraba a los nativos para modelar sus conciencias y en señales el arte de vivir como buenos cristianos: trabajo, obediencia y respeto a la propiedad. Objetivos que no son diferentes a los que se fijaron, por el propio gobierno de Leguía, para el Patronato de la Raza Indígena, como veremos más adelante.

Evidentemente, no puede sostenerse que en el código penal se proponen de manera directa, medios de evangelización o colonización. Su dominio es otro y otros también sus medios. Por el objetivo general que persigue es el mismo que buscasen las diversas políticas de civilización, laicas o religiosas, aparecidas desde el Siglo de las Luces.

(p. 75) Mediante la medida de seguridad establecida en el código penal, se busca, pues, asimilar a los salvajes al medio jurídico nacional del que están aislados y, a la vez, moralizar sus costumbres. Ambos objetivos no son ajenos a la acción misionera o a las políticas laicas de colonización: moralizar, evangelizar, cada una en su terreno no difieren mayormente. Asimilar al medio jurídico nacional e integrar a la sociedad nacional son aspecto o momentos de un mismo proceso: civilizar, homogeneizar, salvarlos como salvajes, convertirlos en cristianos civilizados sujetos a las leyes de la república, del orden público nacional para controlarlos mejor y tenerlos como fuerza de trabajo virtual o real.

Frente a la "misión civilizadora", entendida en el sentido que la "asimilación constituye el fin de la colonización en la perspectiva evolucionista" (Leclerc 1973: 47), surgió como alternativa el *indirect rule* británico. Mediante este, se trataba de llegar a la asimilación con la colaboración de los pobladores nativos a través de los miembros que gozaban de cierto consenso. También en la colonización española se recurrió a esta práctica cuando se reconoció la autoridad de los curacas y se les utilizó en el proceso de colonización. El criterio que se impuso en el Código penal, representó una vuelta a la *direct rule*. En los últimos años, se han adoptado criterios diferentes; ya en 1960, se aprobó, mediante la resolución legislativa No.13467, el convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes. En su art. 8, dice: "En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país: a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión, deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones; b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal". En este sentido y de manera restringida, se dispone en el artículo 16 del Decreto Ley No 20653 del 24 **(p. 76)** de junio de 1974 (Ley de comunidades nativas y de promoción agropecuaria de las regiones de selva y ceja de selva), que "los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de la comunidad nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas, en su caso, en forma definitiva por sus órganos de gobierno". Y, en relación con los otros casos, dispone que "en los procesos civiles y penales los tribunales comunes o privativos, según el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socioculturales de las comunidades".

Sin embargo, tanto ahora como antes, la legislación penal se presenta como uno de los medios a los cuales recurre el Estado para imponer ciertos comportamientos que considera "civilizados". Lo hace,

justamente, mediante la prohibición de aquellos que estima perjudiciales para los bienes jurídicos en que se sustenta.

De allí que le haya resultado natural utilizar la ficción de un prototipo de hombre, el hombre civilizado, para determinar cuando procedería liberar condicionalmente a un salvaje condenado por la comisión de un delito (art. 44, 2, ab initio)

d) Los civilizados

En el código no existen elementos positivos que permitan saber que entendió el legislador por hombre civilizado. A partir de lo dicho en relación con los salvajes y semicivilizados, se desprende que se trataría de la persona que vive en un centro urbano o muy cerca de este, que es alfabeto, que no cree en supersticiones ni tiene costumbres barbaras y que participa en la actividad productiva. De esta manera, se comprueba el entroncamiento de la idea de "civilización" a que tuvo el legislador con la concepción del evolucionismo del siglo XIX. Esta corriente, a fines del mencionado siglo, identificó la "civilización" con el sistema imperante en las sociedades avanzadas de Occidente y elaboró una tipología de las sociedades en función de su nivel tecnológico, del dominio formal y material sobre la naturaleza. El criterio predominante en el Siglo (p. 77) de las Luces fue el de la civilización como maneras determinadas de combinar "ideas" (naturaleza y cultura). Por el contrario, el imperante a partir de fines del siglo pasado vera en ella relaciones de producción materiales.

No esta demás que volvamos a repetir que nuestro codificador, al regular la situación de las diferencias existentes entre los pobladores de nuestro país, no optó de manera consciente entre los diversos criterios defendidos por los especialistas. Su clasificación de los peruanos en salvajes, indígenas semicivilizados y civilizados refleja su manera prosaica de ver el problema, constituida por creencias y supuestos ideológicos alejados de un fundado saber antropológico.

e) Contexto histórico-ideológico en que Maúrtua elabora las normas sobre indígenas y salvajes

A diferencia de los que sucedió en 1924, es notorio que al elaborar el código penal de 1863, el legislador tuvo en cuenta tan sólo un aspecto de la realidad nacional, ignorando la presencia de una numerosa población nativa que, si bien había sido "modelada" como hemos tenido oportunidad de señalarlo con anterioridad- al estilo hispánico durante la colonia, no se poda afirmar que sus "costumbres" estuvieran "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla". Los indígenas no fueron, en particular, sujetos activos del proceso de recepción del código penal español de 1848-50, sino que lo soportaron como lo hicieron con la legislación colonial. En nuestro primer código penal no figura disposición alguna en donde se haga referencia a los indígenas ya sea para tener en cuenta su condición social y personal al momento de sancionarlos, o para estatuir una especial protección, o para tener en consideración sus especiales costumbres en relación a diversos comportamientos prohibidos. De esta manera, ese código no sólo niega las diferencias étnicas de los diversos grupos humanos oriundos del país sino la realidad de su existencia como una totalidad.

Esta supuesta igualdad de todos los peruanos se refleja en la admisión del principio que estatuye que "la (p. 78) ignorancia de la ley penal no exime de responsabilidad al delincuente" (art. 6). Viterbo Arias, comentarista del código de 1863, dice que la "disposición de este artículo descansa en la naturaleza humana, y protege del modo mas eficaz los intereses sociales"(1900: I, 49).

Esta actitud fue consecuencia inmediata de la política de los liberales que fundaron la república, consistente en proclamar que "todos los habitantes del Perú son peruanos e iguales ante la ley". Principio que inspira el derecho que se quiere imponer en la nueva república, el mismo que implica la negación de la realidad indígena y nativa. No hubo en la legislación republicana inicial un eco de la legislación de Indias, que si bien no se ajustaba a la realidad polifacética de la población indígena y era una legislación foránea, constituyó una muestra clara de la preocupación con que se abordó este aspecto de la problemática nacional. En la ,poca republicana y detrás de esa igualdad jurídica abstracta, se mantuvo al indio" en su sujeción de hecho y su explotación agraria y final, por las necesidades económicas y finales del nuevo Estado Criollo" (Piel 1976: 98).

La importancia de la situación de la población indígena y su análisis como problema nacional sólo comienza a plantearse a fines del siglo XIX. Si bien Narciso Aréstegui publica en 1848 su novela El Padre Horán, en la que describe el ambiente indígena, sólo en 1867 constituyó, junto a Juan Bustamante, la Sociedad Amigos de los Indios, de breve duración. Es de esperar la aparición de

pensadores como Manuel González Prada, para encontrar una seria preocupación por la realidad de los indígenas y el cuestionamiento del "Perú como nación, dado que la gran masa de indígenas se encontraba marginada de la vida política y social del país y se hallaba sujeta a una feroz opresión" (Alfajeme y Valderrama s/f: 57).

La escasa o casi total ausencia de preocupación por lo indígena en los inicios de la vida republicana es característica de todo el campo intelectual y no sólo del jurídico. Luis Tord señala, correctamente, que "al indagar en esas fuentes nos encontramos con que en las primeras **(p. 79)** décadas independientes los estudiosos y el poder político se habían despreocupado casi completamente del problema y que existía una diferencia bastante grande con el interés que mostraron los cronistas del XVI y XVII así como los viajeros del XVIII. Era sorprendente comprobar cómo una época tan vituperada en los años recientes como el virreinato, mostró en este campo mas preocupación por conocer y comprender al indio que los primeros decenios independientes. Y cómo la legislación española entendió y protegió mejor al indio que los decretos y leyes dados por los caudillos militares del XIX" (1978: 22).

La preocupación de Maúrtua respecto a los indígenas y nativos de la selva no es una actitud aislada sino mas bien se encuentra inserta dentro de la corriente de ideas que se desató a fines del siglo XIX respecto a la situación de los indígenas, siendo González Prada uno de sus mas brillantes iniciadores y propulsores. Este autor fue además precursor de un análisis correcto de tal problemática al sostener que "la cuestión del indio, mas que pedagógica, es económica, es social" (González Prada 1964: 141).

En el plano gubernativo, los primeros años de este siglo se caracterizaron por la ausencia de programas o de una política integral tendientes a hacer frente al problema indígena. Las fugaces menciones que se hacen en el consisten en señalar los graves índices de alcoholismo que azotaba a la población aborigen, sin denunciar al sistema latifundista como causa principal. Se consideraba también al servicio militar como un excelente medio para la integración del indígena pues se pensaba que este, una vez transformado en soldado, adquiriría nuevos hábitos de vida y una educación que lo "peruanizaba". Así mismo imperaba en los medios gubernamentales y los grupos sociales dominantes la opinión de que la inmigración europea era la solución para "mejorar" la raza indígena, considerada como "degenerada" o "enferma". "La propuesta de solución oligárquica al problema nacional, dice Degregori, cuando ya no les es mas posible negar su existencia, varia del genocidio puro y simple propuesto por las fracciones terratenientes tradicionales mas recalcitrantes -así José Maria Lizares Quiñones, diputado por Puno, presenta **(p. 80)** en el Parlamento un proyecto de Ley para el exterminio de la población aborigen- pasando por la importación de inmigrantes europeos para "mejorar la raza", hasta lo que denominamos "etnocidio blanco"; es decir, la eliminación "pacífica" de las características nacionales indígenas bajo el manto ideológico de un determinado tipo de mestizaje entendido como occidentalización, educación, "superación" o civilización del indio" (Degregori s/f: 26-27).

En esta misma época aparece también una intelectualidad mas ligada a la burguesía que a los sectores terratenientes. El mas importante de ella fue, sin duda alguna, Victor Andrés Belaúnde, para quien la solución del problema indígena se encontraba en la modernización y protección de las instituciones indígenas, mediante lo cual se buscaba incorporar la masa campesina al mercado interno. destacó asimismo en estos años, Manuel Vicente Villaran (La condición legal de las comunidades indígenas), abogando por la mantención de las comunidades indígenas.

Los disturbios y levantamientos de indígenas en el sur del país contra los abusos de los terratenientes, de los comerciantes en lanas y de las autoridades locales, provocaron la intervención estatal, mediante la designación de comisiones investigadoras. En el parlamento se presentaron algunos proyectos de ley tendientes a proteger al indígena. La ley 1183 de 1909 prohíbe la intervención de las autoridades políticas en la contratación del servicio de peones para trabajos públicos o particulares, sancionando con un año de cárcel a los infractores. Entre los proyectos, cabe señalar el presentado por el senador Bezada, en 1910, con el objeto de regimentar las actividades comerciales de los indígenas y crear un colegio agropecuario en Puno. En octubre del mismo año, Pedro S. Zulen fundó la Asociación Proindígena, "para la defensa de los intereses sociales de la raza indígena del Perú", y en la que participaron Dora Meyer y Joaquin Capello. Este último fue quien propuso al Congreso en 1911, la nulidad del reglamento de locación de servicios para la minería, norma que permitía la prisión por deudas para los indios y los obligaba a trabajar bajo pena de cárcel. La derogación de este **(p. 81)** reglamento sólo tuvo lugar tres años mas tarde. En 1916, él mismo logró la dación de la ley 2285, reglamentando el pago en efectivo de los jornales y estableciendo un normal mínimo de veinte centavos, entre otras normas.

El auge de la política indigenista tuvo lugar, evidentemente, durante el segundo gobierno de Leguía (1919-1924). Se caracterizó éste porque, de un lado se revalorizó el rol del indígena en nuestra sociedad, reconociéndosele su ciudadanía y su gran importancia económica; y, de otro lado, porque en la práctica se mantuvo, detrás de todo el discurso proindígena, el sistema de explotación del mismo indígena. Así, por ejemplo, se dictó la ley de conscripción vial - cuya aplicación dio por resultado final el trabajo gratuito de los indígenas en la construcción de carreteras- y la ley de vagancia - dando la oportunidad a hacendados, mineros y empresarios a usar coactivamente la mano de obra indígena desocupada-. Esta contradicción aparente es fácilmente comprendida, si se tiene en cuenta la naturaleza del régimen legista que trató de impulsar el desarrollo de la industria nacional y de limitar las trabas feudales para el crecimiento del mercado interno, pero que debido a la correlación de fuerzas sociales al interior del régimen no pudo ser consecuente con dichos objetivos. Por esto Cotler señala que "la mecánica de la dominación tradicional, resultante de la articulación política entre el sector burgués y señorial, que conformó la república aristocrática, se restableció con Leguía pero sobre nuevas bases, sin afectar la condición precapitalista de las áreas rurales. Los nuevos gamonales perdieron la relativa autonomía política que habían gozado anteriormente las oligarquías señoriales y su poder local resultó sustentado en el explícito apoyo que recibían y otorgaban al poder público" (1978: 189).

En la constitución de 1920, arts 41 y 58, se reconoce la diferencia antropológica y la variedad étnico-cultural del país. El indígena deja de ser considerado un ciudadano más, igual en deberes y derechos a los demás, y es sometido a un estatuto especial, volviéndose, de esta manera, a una especie de proteccionismo que se practicó durante **(p. 82)** el virreinato, con la diferencia que se excluyó el servicio personal y el tributo. Mariano H. Cornejo, presidente de la constituyente, consideró dichos artículos como positivos y necesarios, pero llamó la atención sobre la posibilidad que su aplicación condujese a la burocratización, y propugnó además la necesidad de apoyar a los indígenas antes que establecer un control sobre la población nativa.

Se propusieron, por aquellos años, diversas disposiciones legales sobre la situación indígena. Encinas, miembro del grupo "Germinal", preparó un código proindígena; Quiroga propuso diversas leyes civiles; Aranibar, una ley tutelar indígena (civil y penal), y Atilio Sivirichi elaboró un código de derecho indígena que en sus 1743 artículos abarcaba casi todos los aspectos de las relaciones entre el Estado y los campesinos indígenas: civiles, penales, económicos, educacionales y administrativos.

Oficialmente, se expresó y publicó una concepción contraria a la que se sostuvo tradicionalmente. El mismo Leguía sostuvo que "el indio, pues, lo es todo para el Perú y en cambio le damos un tratamiento de siervo. Esto no puede continuar. Defender al indio significa defender nuestra vida económica de la cual él es propulsor" (Basadre 1968: XIII, 309, 310). De esta manera utilizó la política indigenista para, mediante actitudes populistas, lograr su legitimación en el poder. Llegó a hacerse llamar "Wiracocha" y "Taita" y hasta pronunció discursos en quechua, lengua que no hablaba.

Administrativamente se creó la Sección de Asuntos Indígenas, en setiembre de 1921, como integrante del Ministerio de Fomento. Entre sus tareas, se fijó la de atender los reclamos presentados por los pobladores indígenas, concernientes a su propiedad, trabajo y demás derechos. En los considerandos del decreto por el que se estableció la organización de dicha sección, se manifestaba "que a falta de una legislación tutelar de la población indígena caía al ejecutivo dictar las medidas administrativas para garantizar los derechos y bienestar de este sector de la población acorde al espíritu de la Constitución" (Boletín de Asuntos Indígenas, 1921: 6-7). En junio de 1922, se organizó **(p. 83)** el Patronato de la Raza Indígena, entidad administrativa descentralizada, con el fin de que interviniera como mediadora en los conflictos que afectaran a la población indígena. La índole de esta institución, así como de la política gubernamental, se encuentra explicitada en los fines señalados a este patronato. Se señala, por ejemplo, el "de inculcar, por los medios mas adecuados, en los individuos de la raza, el respeto absoluto a los derechos y propiedad ajenos, la necesidad y ventajas del trabajo en los días que no sean feriados, el cumplimiento de la palabra empeñada en los contratos, así como la necesidad y utilidad de no vivir en concubinato, de cuidar esmeradamente a sus hijos y de atender a la higiene personal y doméstica, provocándole mejor estructura de embellecimiento de la vivienda, con arboles y plantas, como el medio mas eficaz y seguro de conservar la salud" (Alfajeme-Valderrama s/f : 100).

Estas instituciones no cumplieron sus objetivos en la medida que se burocrataron, que el régimen legista fue implementando su real política conservadora y que los portavoces de los grupos terratenientes fueron copándolas paulatinamente.

En la misma época, y como instituciones autónomas, se organizaron el Comité Pro-Derecho Indígena "Tahunatisuyo" y la "Federación Obrero Nacional Indígena", lo que muestra la efervescencia que se vivió durante esos años en relación al problema indígena.

"A partir de 1924, señalan Valderrama y Alfajema, en que se inició el segundo periodo del oncenio, la actitud del gobierno frente al problema indígena cambió sensiblemente. Se dejó de conceptualarlo como una cuestión politico-social, relegándolo a la categoría de un problema técnico. Aunque se mantuvo en los discursos oficiales una retórica proindígena (cuyo principal portavoz era el hacendado y periodista cuzqueño Angel Escalante), el tono de la crítica al gamonalismo se tornó totalmente moderado" (Alfajeme-Valderrama s/f: 106).

Fue dentro de este contexto que Maúrtua elaboró su proyecto de 1916, que éste fue discutido por las **(p. 84)** comisiones que se formaron y que, por último, fue aprobado como código penal. Las disposiciones que elaboró respecto a los "indígenas semicivilizados" y los "salvajes", reflejan su preocupación sobre la manera en que debían ser tratadas penalmente las personas que formasen parte de dichos grupos y la similitud de su concepción con aquélla que inspiraba a las diferentes asociaciones de carácter altruista creadas oficial y extraoficialmente.

Causas de la recepción

- a) El "factor de poder"
- b) El "factor cultural"
- c) El factor personal o fortuito

a) El "factor de poder"

La recepción del derecho extranjero no puede ser suficientemente comprendida si se le toma como un ejemplo de que hay casos en que el derecho no constituye un "subproducto de la realidad social peruana" o que "la importación de una filosofía o de un código puede deberse simplemente a la audacia de una persona" (Trazegnies 1977 : 417, 422). La recepción es - ya lo hemos dicho- un fenómeno social de origen complejo. Su análisis nos permite comprender cómo se ha ido constituyendo el ordenamiento jurídico vigente, condicionado por las circunstancias socio-políticas imperantes en el país. De esta manera, se puede determinar cómo el sistema legal positivo resulta determinado por la realidad social en que es recepcionado y cómo, a su vez, influye en su evolución y modificación. El hecho de que el legislador, en países como el nuestro, recurra a la técnica de la importación de leyes foráneas para mejorar su propio sistema no puede ser explicado subjetivamente, sino sólo dentro de su contexto histórico social.

La adopción del código penal español de 1848-50, al momento de elaborar el código nacional de 1862, no puede ser suficientemente apreciada si es que no se tiene en cuenta que la década comprendida entre 1853 (año en que se elaboró el primer proyecto) y 1862 (fecha de su promulgación) es de importancia capital en nuestra formación social. Es en este período que el grupo de poder (**p. 86**) tradicional trata de constituirse en dominante, gracias, primero, a las especulaciones financieras representadas por la consolidación y la conversión de la deuda interna y, segundo, por el acceso a la consignación del guano para Gran Bretaña, así como por los beneficios obtenidos con el renacimiento de la producción del algodón y del azúcar (Bonilla 1974: 50). Jugó papel descolante Ramón Castilla quien, aprovechando los beneficios aportados por el guano al fisco, centralizó la administración pública hasta entonces dependiente de los gobiernos provinciales, es decir, de las oligarquías regionales. Asimismo, organizó la primera Guardia Nacional y logró dar al país una relativa estabilidad interna y un gobierno crecientemente centralizado (Cotler 1978 : 94). Fue Castilla, justamente, quien al finalizar su segundo gobierno promulgó el código penal de 1862, código que constituyó, a pesar de sus defectos, un avance en relación con la legislación caótica y dispar heredada de la colonia. Mediante su promulgación, se persiguió, evidentemente, un mejor y más eficaz control y represión de las ilicitudes.

Ese Estado precariamente construido a partir de la mitad del siglo XIX, quedó prácticamente desintegrado después de la derrota nacional en la guerra con Chile. Asimismo, el grupo tradicional dominante perdió, nuevamente, el poder en favor de los caudillos militares. Pero dicho grupo reconquistó el poder en 1895, gracias a la reactivación económica producida durante la década siguiente a dicha derrota militar. Este proceso se llevó a cabo "ligado directamente a la expansión y a la profundización de la dominación económica del capitalismo británico en la economía peruana" (Quijano 1978: 71), dominación que continúa hasta fines de la Primera Guerra Mundial, momento en que se consolida y mantiene Augusto B. Leguía en el gobierno del país, durante once años (1919-1930).

Dos períodos distingue Caravedo (1978) en la política leguista: el primero, que va del año 1919 a 1922, caracterizado por el intento de desarticular los mecanismos de control que poseía el civilismo y de esta forma romper su hegemonía; y el segundo, que se extiende desde 1923 a 1930, durante el cual, desarticulado el civilismo, Leguía (**p. 87**) busca, apoyado por el capital norteamericano consolidar sus lazos con los sectores burgueses urbanos.

Por esto Cotler (1978 : 186) señala que Leguía desarrolló una "activa política centralista, que acabó por subordinar políticamente la clase dominante al Estado, mientras lo asociaba con el capital financiero norteamericano que le proporcionaba los recursos económicos para lograr ese propósito" y concluye diciendo que "así el Estado llegó a su expresión cabal y depurada de los burgueses exportadores".

Con el objeto de neutralizar al ejército y de mejorar los medios de control sobre la población, Leguía impulsó el desarrollo de la marina, la aviación y la guardia civil. Simultáneamente y, sobre todo, en los primeros años de su gobierno, Leguía desarrolló una política populista con el objeto de ganar el respaldo de los sectores urbanos populares y medios. De esta manera, se incorporaron en la constitución de 1920 las garantías individuales y sociales, de acuerdo a la constitución de Weimar; legalizó la jornada de ocho horas de trabajo; estatuyó el salario mínimo y comisiones de arbitraje para resolver los conflictos laborales; aceptó la urgencia de la reforma universitaria, programó la reforma de la educación conforme al modelo norteamericano. Dentro de este contexto se debe ubicar la promulgación del código de procedimientos penales de 1920, elaborado por Mariano H. Cornejo, de corte liberal, y del código penal de 1924, redactado por Víctor M. Maúrtua, caracterizado por ser "generoso y tímido en la represión" (Basadre 1967 : 393, 394).

En tanto el leguismo significó el impulso que determinaban la afirmación y el crecimiento de una economía capitalista, podía dar cabida en su seno a reformas como las indicadas, en el terreno cultural. Las mismas que, sin embargo, quedaron trunca debido a la subsistencia de un régimen económico caduco en la mayor parte del país. Por esto, las reformas educativa y penal, proyectadas conforme a modelos foráneos, fueron sólo programas teóricos y no efectivas pautas de acción.

De la evolución histórica descrita anteriormente salta a la vista que el país se encontraba y se encuentra en un (p. 88) estado de dependencia en relación a diversas metrópolis. Esta dominación es de carácter político y económico. La consecuencia estructural de este proceso de dependencia se manifiesta en el pluralismo de la sociedad y cultura peruanas. Dentro de esta perspectiva, Salazar Bondy (1970: 127) 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". Y por dependencia comprendió el mismo autor, "en el sentido tanto de un lazo de subordinación cuanto de un sistema social y económico, mediante el cual se establece y pereniza tal lazo" (1970: 125).

Sin entrar a analizar las críticas que merece esta concepción y las correcciones que es necesario hacerle (Aramburú 1978: 22), creemos que nos permite percibir la naturaleza de las relaciones económicas, políticas y culturales, durante su desarrollo histórico, entre nuestro país y las potencias europeas y norteamericana. Y en estos factores consiste, actualmente, el "factor de poder", señalado por Koschaker (1966) en el proceso de recepción de derecho foráneo.

En la Alemania medieval, el no ejercicio de un poder central efectivo por parte de los káiseres impidió que el derecho romano fuera impuesto mediante un acto legislativo. Sin embargo, buscaron consolidar su autoridad imponiendo la concepción de que eran, en tanto sucesores de los emperadores romanos, los encargados del resurgimiento del Imperio romano. Con esta idea adoptaron el principio latino *unum imperium unum jus*, a fin de acelerar el proceso de recepción, lograr así la unificación del sistema jurídico y, de esta manera, procurar el fortalecimiento de su poder. En este proceso, jugó un rol importante el Reichskammergericht, creado por el Kaiser Maximiliano en 1495, al aplicar el derecho romano como derecho vigente en el Imperio. En este sentido, sostiene (p. 89) Koschaker (1966: 136) que "el derecho romano no fue recepcionado por la alta calidad de sus normas sino, sobre todo, porque fue el derecho del *imperium romanum*, cuya idea supervivía en el imperio alemán y en la cultura europea".

En relación con la imposición de derechos está de más destacar que ella tiene lugar, precisamente, por el *imperium* del ocupante o conquistador. Tal fue el caso de los códigos napoleónicos y de la legislación española impuesta en América.

En la época moderna y, particular, en el caso peruano, las relaciones de dependencia político-económica influyen directamente en el fenómeno de la recepción. Este es más notorio en relación con el derecho civil o comercial que con el derecho penal. La integración de los países al sistema económico imperante exige el establecimiento de un sistema jurídico capaz de proporcionar las condiciones de estabilidad, seguridad y garantía para la inversión extranjera y, en general, para las relaciones con los demás países, sobre todo los dominantes. Más adelante veremos cómo Etiopía "modernizó" su sistema jurídico con el objeto de adecuar lo más posible su sistema al de los países con quienes deseaba desarrollar sus relaciones culturales y comerciales (los países de Europa continental). Es interesante recordar que René David, jurista francés y autor del código civil etíope, se expresó al respecto de la siguiente manera: "seamos francos, se trata, de una manera amplia, de atraer a las empresas extranjeras, a los créditos y a las garantías sin las cuales no vendrían a

Etiopía" (Papachristos 1975 : 68). Esta predisposición, aparentemente espontánea, en la mayoría de los casos, no es sino la resultante de las exigencias o influencias de los grupos económicos o países dominantes.

No está de más señalar que en correlación con lo antes señalado, predomina entre los grupos política y económicamente dominantes una concepción desarrollista, conforme a la cual el progreso económico del país presupone la organización de un sistema jurídico racional, estímulo y condición indispensable para superar el retroceso **(p. 90)** existente en relación con los países desarrollados. Concepción que determina que dichos grupos vean como meta a alcanzar el nivel de desarrollo económico de las metrópolis y, por lo tanto, anhelan llegar a tener una organización política y un sistema jurídico como el que en ellas impera.

Así como el subdesarrollo -mal entendido como una etapa del camino hacia el pleno desarrollo- y la dependencia, impulsan a los gobiernos de países como el nuestro a tratar de disminuir la abismal separación técnica en la industria, mediante la importación de tecnología, también en el dominio jurídico se evidencia este afán de recurrir a la importación de instrumentos técnicos más adecuados a una realidad deseada que a la actualmente imperante. a esto contribuye la ideología jurídica dominante, uno de cuyos aspectos consiste en propugnar el mejoramiento del ordenamiento jurídico positivo como medio idóneo para resolver los problemas sociales.

La idea del desarrollo, de esta especie de mística que predomina en la ideología de los grupos gobernantes, y resultante de las condiciones socioeconómicas en que desenvuelven su actividad, favorece que se recurra a la recepción de derecho foráneo que no sólo es visto como condición del desarrollo sino, sobre todo, como un estímulo indispensable para que éste tenga lugar. Si bien esto puede ser más fácilmente percibido, como lo hemos anotado antes, en el campo del derecho civil, comercial o laboral, también se encuentra presente en el ámbito penal, debido al rol que se le ha asignado como medio de control y administrador de ilicitudes.

Esta misma concepción política de los gobernantes es determinante para la elección de la fuente legal o modelo foráneos. El reformador peruano, nombrado por un régimen en cuya administración se acentúa la influencia norteamericana y se consolida una nueva clase alta, no podía escoger como modelo, para dar un ejemplo extremo, el código penal soviético de 1922, aun cuando materialmente le hubiera sido posible consultarlo y hubiese sido ampliamente alabado por la doctrina. Desde la perspectiva del legislador nacional, por el contrario, la "mercancía jurídica suiza" tenía excelentes cartas políticas de presentación.

(p. 91) La realidad social condiciona, pues, al legislador y lo empuja a escoger modelos que hayan sido elaborados en países cuya organización social, política y cultural, es semejante a la que impera en su país o, como en este caso, que el grupo dominante identifica como meta. En el caso peruano, igualmente está presente el factor político, de modo notorio, patente en el hecho que Leguía utilizara la breve exposición de motivos del proyecto de código penal en la campaña electoral que tuvo lugar antes de su aprobación. Al publicar en los diarios su programa de gobierno, insertó dicha exposición de motivos en el acápite correspondiente al Poder Judicial.

Por esto es que parece un tanto ingenuo pensar que en el dominio del derecho pueda suceder lo mismo que en el de las ciencias naturales, donde los resultados de las investigaciones son aceptados con bastante frecuencia por todos los países, sin prestar mayormente atención a su origen nacional (Zaytay 1957: I, 707, 46).

b) El "factor cultural"

El impulso hacia la importación mecánica de derecho foráneo se encuentra propiciado por el incipiente desarrollo alcanzado -precisamente debido a su situación socio-económica- en el área de las investigaciones sociológicas y jurídicas, referentes a la realidad delictiva, a las causas de su existencia y a los medios más idóneos para combatirla y controlarla. El método del derecho comparado, rectamente entendido y utilizado, es indispensable para llevar adelante una "importación selectiva" de derecho extranjero y para mejor insertarlo en la realidad nacional.

En nuestro país, el avance de los estudios jurídico-penales, criminológicos y jurisprudenciales no ofrecían al legislador los recursos para intentar una reforma sin referirse directamente a modelos extranjeros. Limitado a las leyes pertenecientes a la familia jurídica eurocontinental, el campo de donde el legislador escoge estos modelos, debido al "factor de poder" que hemos explicado, resta analizar qué factores llevan al legislador a elegir alguna o algunas de entre ellas.

(p. 92) Consideramos que en esta elección juega un rol determinante, en primer lugar, la cultura jurídica dominante en el país receptor. La reforma penal peruana fue obra de juristas y políticos, cuya cultura jurídica era, fundamentalmente, europea continental. De igual origen era, en el caso de la recepción de 1924, el cuerpo legal sujeto a reforma (código penal de 1862). Debido a esto, justamente, la importación de otro modelo europeo no significó un cambio radical; cosa distinta sucede cuando se trata de países de culturas jurídicas diferentes (Rheinstein 1974 : 129). Como lo fue, por ejemplo, en el caso de la recepción del derecho civil suizo en Turquía, país islámico, durante el gobierno de Atatürk.

Los primeros intentos de reforma (1877, 1900-1902), se orientan, como ya lo hemos visto, hacia la legislación española. La explicación de este hecho no es de "orden existencial y hasta numinoso, extrarracional" o que "en todo caso hay que buscarla en las afinidades raciales y espirituales de lo hispánico" (Quintano Ripollés 1953 : 88). En nuestra opinión, la situación es más clara cuando se tiene en cuenta que los juristas y jueces peruanos de esa época exponían y defendían las ideas de sus colegas españoles. En las obras de Silva y Heredia no se observa influencia directa de autores de otra nacionalidad. Sólo en los comentarios de Viterbo Arias al código de 1863, publicados en 1898-1902, existe un afán de estudiar comparativamente las leyes de otras naciones. Esta dependencia de los juristas de la época en relación a la cultura jurídica hispánica fue una secuela de la larga dominación española.

En abstracto, puede ser cierto que la tendencia hacia lo español se presentaba en el Perú aun cuando había otros modelos de mejor factura. Pero, en el estrecho mundo cultural de los juristas peruanos, los modelos españoles eran los mejores entre los redactados en su idioma. Por esto no debe extrañar que cuando los juristas peruanos ampliaron su perspectiva, buscaran otras fuentes para reformar su legislación penal. Claro que no se trataba de una reacción de origen político contra la antigua metrópoli, sino del abandono de una fuente en estagnación, vetusta y anacrónica. Basta tener en cuenta, de un lado, que la **(p. 93)** inestable y conservadora vida política española no podía constituir un incentivo para buscar en ella modelo alguno y, de otro, que la serie de proyectos de reforma no podían compararse a los elaborados en otros países europeos. El mejor de ellos, el proyecto Montilla, fue fruto de inspiración extranjera: precisamente, suiza.

El factor que condujo, sin duda alguna, al legislador peruano a seguir, fundamentalmente, el modelo suizo y no otros que pertenecían al mismo sistema jurídico y de contenido ideológico semejante, fue la calidad legislativa de los proyectos helvéticos. Calidad que había sido destacada y elogiada por la doctrina. Se debe destacar la sencillez y la claridad de sus disposiciones, su flexibilidad en la descripción de las figuras legales, y el dualismo de su sistema de sanciones. Su técnica se basa en el otorgamiento al juez de una amplia libertad de criterio. Por esto, los proyectos suizos, sobre todo el original de Stooss, pueden ser calificados de "eminentemente asimilables" como Schwarz (1938: 586) hizo con el código civil helvético.

Cuando hablamos de la opinión favorable de la doctrina, nos referimos sobre todo a la que fue conocida por el legislador peruano. En particular, a la española, que a través de las obras de Jiménez de Asúa difundía las nuevas ideas penales y divulgaba los resultados de los nuevos intentos de reforma penal europea. Los escritos de este autor debieron influir en el legislador peruano. En su libro *La unificación del derecho penal en Suiza*, publicado en 1916, afirmó que el "anteproyecto de código penal suizo, es, sin disputa, el más avanzado y orgánico de los que hoy existen" y que "será el código de tipo de nuestro siglo" (Jiménez de Asúa 1916 108). El mismo autor cuenta que Víctor M. Maúrtua, autor de la reforma peruana, conoció su opinión crítica sobre su primer proyecto ("En su técnica general -afirmó Jiménez de Asúa-, es inferior al argentino, y ni siquiera llega al mexicano en el asunto de medidas aseguradoras"). Dicha opinión le produjo, primero, "una impresión penosa, y, luego, un deseo de superación". Según el mismo Jiménez de Asúa (1926: 34), "el inteligentísimo peruano consultó los nuevos documentos legislativos y los más recientes trabajos científicos, **(p. 94)** construyendo sobre su labor primera, una capa de más audaces instituciones". Esto significó un mayor apego a la fuente suiza y el recurso a la italiana. Respecto al influjo helvético en el código argentino, afirmó Jiménez de Asúa (1943: 214) que "lo único que debe deplorarse es que ese influjo no haya sido aún más considerable". Tampoco fue ajeno Jiménez de Asúa, aunque inicialmente, al aumento de la influencia del positivismo penal en América Latina.

Comprendidos en el "factor cultural" existen dos elementos que deben ser considerados separadamente, debido al papel decisivo que asumen en el proceso de recepción. Nos referimos al rol desempeñado por el lenguaje y por el grupo de los juristas.

Tanto en el momento de la elaboración de la ley nacional en base al modelo extranjero como en el de la asimilación de las reglas importadas, el rol de los juristas en la recepción es importante y se encuentra condicionado por las condiciones reales en que actúan y por la ideología de que son titulares. Sin embargo, su importancia no debe ser sobrestimada. En Alemania, el abandono del sistema jurídico tradicional en favor del derecho romano fue impulsado por la aparición de una clase de "juristas-especialistas" (doctos) que desplazó a los "juristas legos". Wieacker (1957: 109; Rheinstein 1974 129) llega a afirmar que "la médula de la recepción (del derecho romano) fue, pues, el ingreso de los juristas universitarios en la administración municipal o territorial".

Estas constataciones nos llevan a plantear la necesidad de que existan los cuadros técnicos, suficientemente preparados, para la elaboración y aplicación de las leyes; sobre todo, en las más complejas, como el código penal. En cuanto a la elaboración, es indispensable que juristas y políticos trabajen mancomunadamente con sociólogos, antropólogos, psicólogos, economistas; que los primeros sean hábiles conocedores de la legislación extranjera y de los principios que inspiran, en particular, la perteneciente al país importador. Estas exigencias ponen de relieve la falencia de especialistas en los países subdesarrollados y que no puede ser subsanada fácilmente con el concurso de (p. 95) especialistas extranjeros. Por esto, se equivoca Rheinstein (1974 : 113) cuando, en primer lugar, afirma que "sólo un comparatista del nivel de René David estuvo en condición de elaborar el nuevo código civil de Etiopía", y luego se pregunta ¿Cuántos René David existen para que puedan participar en labores legislativas en los numerosos nuevos Estados del Tercer Mundo?.

En este punto comprobamos, una vez más, cierta semejanza de los casos de recepción de derecho con los de importación de tecnología. Los especialistas preceden y siguen a la adopción de los nuevos métodos e instrumentos. Insistiendo en el caso de Etiopía y teniendo en cuenta el desenvolvimiento posterior de los hechos, no aparece ahora como solución adecuada que se haya llamado a Jean Graven, penalista suizo, a que elaborase el código penal etíope de 1957. Este trabajo se desarrolló en el marco de la amplia reforma legislativa del gobierno de Hailé Sélassié e inspirada, conforme declaración del mismo emperador, en la convicción de que "el progreso debe ser la clave de nuestra vida y de nuestro desarrollo" y de la necesidad de "Adaptar lo más estrechamente el sistema legal de Etiopía con el de los países con quienes mantiene relaciones culturales y comerciales" (Graven 1959: 17).

En este caso, es interesante observar que la elección del encargado de elaborar el proyecto de ley no está tan dejada al azar, sino que, junto a consideraciones de capacidad y conocimiento, figura de manera preponderante el criterio político. Como lo hemos señalado antes, en el caso de Maúrtua también es de tener en cuenta dicha circunstancia, comprendida en lo que hemos llamado "factor de poder".

Nos parece conveniente tratar separadamente la importancia del lenguaje como factor cultural en el proceso de recepción del derecho foráneo, tanto en el momento del acto legislativo como en el de la asimilación. Es evidente que la comunidad idiomática del país receptor y del exportador, facilita en mucho que se elija como modelo la ley de ese país, se le reproduzca en la ley nacional, se conozcan y se adopten los criterios teóricos que la inspiran (p. 96) y, por tanto, se le asimile mejor. Por el contrario, si en los dos países se hablan idiomas diferentes, el lenguaje se convierte en fuente que dificulta el proceso de la recepción: desde el momento en que el legislador importador debe traducir la ley extranjera hasta el de su aplicación, dado que la literatura jurídica que la inspira no es de fácil acceso a la mayoría de magistrados y juristas. Como veremos más adelante, en el caso peruano la doctrina suiza no sigue a la ley que la inspira, debido al desconocimiento, por parte de los juristas nacionales, de los idiomas alemán y francés. Para evitar, precisamente, esta dificultad, el legislador turco hizo traducir los principales comentarios del código civil helvético, que había recepcionado, así como las resoluciones del Tribunal Supremo suizo.

En cuanto al acto legislativo, éste presupone un lento y cuidadoso trabajo de traducción del texto foráneo. Labor que no sólo reposa en el dominio del idioma en que está redactada la norma legal a importar, sino, sobre todo, en su conocimiento profundo. Basta que uno de estos factores esté ausente para que los resultados obtenidos dejen bastante que desear. Además, se debe tener en cuenta que el lenguaje es también producto de las condiciones sociales en que es utilizado, reflejando, en cierta medida como el derecho, la realidad de dicha sociedad.

La tarea se complica más porque a pesar de que las expresiones comunes y técnicas usadas en ambos idiomas sean "formalmente" semejantes -lo que permite una traducción literal-, sus campos connotativos no coinciden. También puede suceder que en el lenguaje del país receptor no existan términos equivalentes a los utilizados en la ley que se recepciona.

Como ejemplos demostrativos de las imprecisiones en que incurrió nuestro legislador, a causa de la traducción y de su falta de conocimiento del modelo elegido baste señalar, primero, la defectuosa redacción del Art. 81, pf. 2o. En esta norma, se estatuye que "la infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión consciente y voluntaria". Esta redacción no refleja el sentido de la disposición helvética tomada como modelo (art. 18 (p. 97) del proyecto de 1918 y art. 19, inc. 2, del anteproyecto de 1908), en la que se dispone que obra dolosamente quien comete la infracción con conciencia y voluntad. Es decir, que la conciencia y la voluntad del agente deben comprender todos los elementos del delito y no sólo la acción, como aparece en la expresión utilizada por el legislador nacional (Hurtado 1978: 279).

El segundo ejemplo se refiere a la traducción literal del término francés benzine, realizada por el legislador al redactar el art. 263. En esta disposición, se estatuye que "el que intencionalmente, hubiera causado una explosión de gas, de bencina, de petróleo o de sustancias análogas y hubiere puesto en peligro, a sabiendas, la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años". El término bencina no se refiere a la sustancia derivada del petróleo, y empleada comúnmente en nuestro medio como desmanchador, sino a la gasolina que es designada en francés con el término benzine. La cláusula general "sustancias análogas" evita que esta imprecisa traducción tenga graves consecuencias.

Para terminar con el problema del lenguaje en la recepción, señalemos, por último, que en el caso peruano es posible preguntarse por cuál hubiera sido el resultado de la reforma penal si los proyectos suizos, imitados por nuestro legislador, hubiesen sido sólo redactados en alemán y no hubiesen existido las versiones en francés o italiano que pudo consultar nuestro codificador. Estamos ante una intervención del azar pues, si tal hubiese sido el caso, el influjo helvético hubiese podido ser indirecto o no hubiese existido, ya que no había por entonces una traducción completa en español de cualquiera de los textos suizos.

c) El factor personal o fortuito

Junto al "factor de poder" y al "factor cultural", se debe considerar la personalidad del autor del proyecto del código penal de 1916: Víctor M. Maúrtua. Al respecto, se puede hablar de una circunstancia fortuita, a través de la cual interviene el azar, que se encuentra presente, (p. 98) continuamente, en el devenir histórico. En relación a lo cual, Basadre (1973: 28) dice que "la historia está llena de probabilidades abortadas, de hechos que no llegaron a concretarse" y que "ningún historiador será auténtico si no intuye que, alrededor de lo ya sucedido, hubo un número variable de eventualidades latentes".

Si la comisión designada para elaborar el código de 1924 no hubiese sido conformada por miembros del Parlamento, juristas-políticos, sino por miembros del Poder Judicial -como fue la comisión que redactó el código de 1863- se puede suponer que no hubiese recurrido a fuentes legales diferentes a la española. Evidentemente, si en lugar de Víctor M. Maúrtua hubiera sido el autor un jurista como José Simeón Tejada, autor principal del proyecto de 1852, es casi seguro que los proyectos suizo o italiano, por ejemplo, no hubiesen sido escogidos como modelo.

Víctor M. Maúrtua, real autor del código peruano, fue un distinguido jurista y diplomático. Fue representante del Perú en Holanda, Brasil y en diferentes congresos internacionales realizados en Europa. Desde 1915 hasta 1919, enseñó Filosofía del Derecho en la Universidad de San Marco. Al respecto, dice Estuardo Núñez (1937: 23) que Maúrtua, "con aplicación e interés cultural muy elogiado", acogió las nuevas corrientes de la filosofía jurídica, "explicando las doctrinas de los representantes de la escuela histórica, a Hegel y a Wundt, para concluir desarrollando las ideas de los contemporáneos, el hegeliano Kohler y el neokantiano Stammler".

En derecho penal, Maúrtua no realizó obra teórica. Su obra legislativa en este campo es el resultado de su fina inteligencia, inquietud y su excelente información. Como veremos después, su falta de formación doctrinaria se revelaría en algunas imprecisiones del código penal. Llegó a ser nombrado profesor de derecho penal en San Marcos pero expresó sus ideas penales sólo en la exposición de motivos que redactó para su proyecto. Su aguda inteligencia y su insaciable curiosidad intelectual le permitieron conocer los dos más modernos y novedosos intentos de reforma penal de entonces, y redactar un texto penal (p. 99) técnicamente bueno, a pesar de no ser un especialista en la materia.

No nos ha sido posible verificar si Maúrtua conoció el idioma alemán. Los únicos indicios existentes en este sentido son los datos que da Estuardo Núñez sobre las fuentes que Maúrtua utilizó para enseñar Filosofía del Derecho en la Universidad. Pero, bien pudo conocer las corrientes jusfilosóficas

alemanas por las traducciones españolas o francesas de las obras de sus representantes. El francés sí lo dominó cabalmente¹.

Estos datos referentes a la formación cultural de Maúrtua revisten toda su importancia en el momento que se trata de comprender por qué escogió ciertas fuentes extranjeras para la elaboración de su proyecto. Schnitzer (1961: 67) opina con razón que ciertas casualidades juegan un rol en la elección del derecho extranjero a recepcionar. En el caso de Turquía, país que recepcionó casi íntegramente el código civil suizo, cita el hecho de que los guías de la revolución estudiaron derecho en la confederación helvética. Sin embargo, al momento de analizar este factor del azar, se debe tener en cuenta que "el margen de incertidumbre en las situaciones humanas.. no se halla siempre indeterminado, como tampoco es siempre determinado" y que no hay un azar absoluto sino que siempre éste es relativo (Basadre 1973 : 28). Los factores socioeconómicos, predominantes en un lugar y momento determinados, constituyen el marco en donde se ubica la importancia de este factor.

El rol de Maúrtua debe ser apreciado, en particular, a la luz de su actividad política desarrollada como diputado por Ica en 1915, ministro de Hacienda del gobierno de José Pardo de 1917, miembro del movimiento civilista y activo diplomático. Actividad que tiene lugar durante la **(p. 100)** república aristocrática y el oncenio, época que en páginas anteriores ya hemos descrito esquemáticamente.

Dentro del civilismo, Maúrtua se distinguió por su liberalismo, habiendo llegado a ser calificado por J.C. Mariátegui como simpatizante del socialismo (Mariátegui 1972: 284). En cierta manera, el caso de Maúrtua y su labor en el dominio penal es comparable al de M.H. Cornejo, jurista, político y sociólogo, quien elaboró el código de procedimientos penales de 1920, a pesar de no ser tampoco un especialista en esta materia.

¹ Refiriéndose a la época en que vivió Maúrtua, E. Núñez dice que "la enseñanza del idioma alemán, por raras circunstancias, no es exigible todavía dentro de los planes de estudio de las Facultades de Derecho del Perú y el círculo de conocedores de esta lengua es todavía muy reducido" (Núñez 1937 : 24). Esta constatación es aún válida hoy en día.

La asimilación del derecho recepcionado

- a) Actitud de los juristas, los magistrados y el legislador
- b) Aplicación del derecho recepcionado

a) Actitud de los juristas, los magistrados y el legislador

Al ser promulgado el nuevo código penal, los juristas nacionales y extranjeros lo recibieron de diferente manera. Los juicios de estos últimos fueron, fundamentalmente, positivos. El español Jiménez de Asúa (1926 : 58) destacó su orientación político-criminal y afirmó que podía "figurar entre los más avanzados documentos legislativos" y que se trataba de uno de los más importantes actos de la legislación penal contemporánea. Mario Manfredini (1925 : I, 73) subrayó la impronta positivista en el código peruano. En la Société Générale des Prisons de Paris fue comentado favorablemente cuando aún era proyecto y se sostuvo que había sido influido por la concepción jurídica francesa. Clément Charpentier formuló esta afirmación, influido quizás porque Maúrtua manifestó, ante dicha sociedad, que Francia era "nuestra maestra en derecho" y que "la Universidad de San Marcos era la que permanecía más sólidamente vinculada al ideal de la ciencia francesa" (Bulletin...1919 : I, 231,232). Estuardo Núñez (1937 : 14) ha considerado que es fácil de discernir en el código peruano una importante influencia alemana.

El carácter ecléctico de la recepción efectuada por el legislador de 1924, explica en parte estas reacciones que pecan de exageradas. Además se debe considerar, primeramente, que en el código adoptado es posible encontrar base para destacar la influencia de diferentes **(p. 102)** legislaciones; luego, que por entonces subsistía aún la "lucha de escuelas penales"; y, por último, que característica predominante en el derecho positivo moderno es la acentuada interrelación existente entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Los elogios brindados al nuevo código pueden ser justificados cuando se considera aisladamente las disposiciones que permitieron formularlos. Así, por ejemplo, aquéllas concernientes a las medidas de seguridad, la culpabilidad, la peligrosidad, la condena condicional, la liberación condicional, la rehabilitación, el patronato, los menores, etc. Pero, un análisis de conjunto de sus disposiciones revela cierta incoherencia, debida justamente a la diversidad de fuentes utilizadas. Por momentos, da la impresión de tratarse de un mosaico inarmónico.

La acogida brindada al nuevo código en el Perú fue, por el contrario, bastante crítica. Sus disposiciones fueron calificadas de utópicas y de totalmente inadecuadas a la realidad del país. Entre sus más acerbos críticos figuraron diversos magistrados, cuyo conservadurismo los condujo a atacar casi todas las innovaciones incorporadas.

Se llegó a sostener que "todo el título sobre la delincuencia de los menores de dieciocho años está fundado en una doctrina exagerada y peligrosa" y que su aplicación "entre nosotros, sería de funestas consecuencias", agregándose que "reflexiones semejantes cabe hacer respecto a los títulos que tratan de la condena condicional, de la liberación condicional, de las penas, de la rehabilitación y de las causas que eliminan o atenúan... la represión" (Alzamora 1923 : 238).

El descuido en que incurrió el legislador al no concordar el nuevo código con el ordenamiento procesal, dio pie para que se formularan diversas críticas a su obra. Sin embargo estas opiniones incidieron, generalmente, sobre aspectos secundarios y, en varias ocasiones, se revelan infundadas. (Ver las críticas formuladas por A. Barreto -1925- en su nota presentada ante la Corte Suprema).

El legislador no observó la acentuada discordancia entre las disposiciones del nuevo código y del código **(p. 103)** adjetivo vigente, referente, por ejemplo, a la aplicación de la ley penal en el espacio. Este defecto no fue corregido al elaborarse, en 1939, la nueva ley procesal y, hasta ahora, no ha sido revelado por penalistas y procesalistas.

Por el contrario, es erróneo reprochar al legislador el haber mencionado, en diversos artículos, al "juez" como autoridad que decidirá, a pesar de que el código procesal concedía esta facultad, específicamente, al tribunal correccional. Los críticos creyeron erróneamente, que el legislador se refería con la palabra "juez" al juez instructor. En realidad, lo que hacía era seguir el ejemplo suizo, en el que dicho vocablo tiene una acepción amplia, debido a que el procedimiento penal varía de un

cantón a otro. Este tipo de imprecisiones no era válido para impedir la promulgación del código o para impulsar una apresurada revisión. La jurisprudencia misma podía superarlas.

Que los críticos hayan considerado como una concepción errónea la modificación, durante su ejecución, de la pena impuesta debido a la promulgación de una ley menos severa que la anterior (art. 8 CP.) o hayan sostenido que el código debería contener nociones amplias (por ejemplo, "daño considerable" en el art. 259), revela bien una falta de conocimiento de las entonces novedosas ideas imperantes en el campo penal y recogidas en diversos proyectos o códigos y, asimismo, un prejuicio en favor de textos legales casuísticos.

Tampoco faltaron críticas formulada desde el punto de vista positivista. Así, Leonidas Avendaño se lamentó de que "los autores del código no han podido sacudirse de la influencia de la doctrina de la escuela clásica y no se han resuelto a abandonarlas por completo" y consideró que debió aceptarse el "temperamento adoptado por la comisión presidida por el profesor Ferri" (Avendaño 1924: 224).

Este movimiento crítico condujo a la formación de una comisión revisora del código al año y medio de su promulgación. Esta comisión integrada por el senador Angel G. Cornejo y el diputado Plácido Galindo, elaboró un proyecto (**p. 104**) que se orientaba más decididamente hacia el positivismo (Cornejo y Jiménez 1928).

Si en el Perú se hubiesen conocido mejor, durante el proceso de reforma, la concepciones penales recogidas en los proyectos escogidos como modelos, el legislador habría evitado algunos errores, los críticos nacionales habrían podido colaborar de modo positivo y los magistrados lo habrían recibido y aplicado mejor.

En cuanto al legislador, podemos señalar, brevemente, los siguientes casos. La simple comparación de las disposiciones en que el codificador nacional regula las medidas de seguridad contra ebrios habituales y delincuentes que viven en la ociosidad con las de los proyectos suizos, que servían de modelos, pudo dejar en claro su imperfección, resultado del afán de simplificar el modelo extranjero por parte de nuestro legislador.

La regulación efectuada por el legislador helvético en relación a estas medidas de seguridad se distingue por ser armónica y por la adopción del denominado "sistema flexible de la doble vía", consistente en recurrir a la pena y a la medida de seguridad, con la posibilidad que ésta sustituya a la primera, la misma que no sería más aplicada si su sustituto resulta suficiente para impedir que el agente vuelva a delinquir. Por el contrario, nuestro legislador no adoptó un criterio uniforme al elaborar los numerales 41 y 42 del código. En el primero, referente a los ebrios habituales, adopta un sistema dualista rígido ya que dispone que el infractor debe, primeramente, sufrir la pena impuesta y, luego, ser internado en una "casa de tratamiento y de trabajo" por el tiempo que requiera su curación y en todo caso no más de dos años. Mientras tanto, respecto de los infractores que viven en la ociosidad o de manera desarreglada (art. 42), el codificador nacional estatuyó un régimen flexible según el cual la pena impuesta al autor sería sustituida por la colocación en una "sección especial de una escuela de artes y oficios o en una casa destinada exclusivamente a la educación por el trabajo" por un tiempo igual al de la pena impuesta. Esta no será hecha efectiva en caso que la medida tenga (**p. 105**) éxito y que el infractor, liberado condicionalmente se comporte bien durante el período de prueba. Esta diferencia no tiene otra causa que el desconocimiento, por parte del legislador nacional, de las instituciones que deseaba importar.

En este dominio tampoco es fortunado su intento de fundamentar, en una disposición general (art. 83), la aplicación de las medidas de seguridad o educativas. Para esto hace referencia erróneamente a que se impondrán tales medidas a los agentes que sin actuar culpablemente constituyan casos de "peligro social". Pero es el caso que las medidas de seguridad antes señaladas, se aplican, precisamente, a delincuentes culpables y a los que se les impone una pena. De esta manera, nuestro codificador revela desconocer también la tesis positivista de la "responsabilidad social" o de "la peligrosidad" ya admitida en principio, por Ferri en su proyecto italiano de 1921.

La defectuosa definición del dolo, según la expresa nuestro legislador, se asemeja mucho a la del anteproyecto suizo de 1908, mejorada luego en los proyectos siguientes. Esto significa que el legislador no comprendió cabalmente la fórmula helvética, lo que le impidió, como ya hemos manifestado, traducirla con exactitud.

Un defecto que permaneció desde el proyecto de 1916 hasta el código de 1924 fue la desarmonía existente entre el "sistema de penas paralelas" (penitenciaria de un año a veinte y prisión de dos días a veinte años), tomado del código italiano de 1889, y la fijación de la pena en las disposiciones de la parte especial, generalmente de procedencia suiza. Esta incoherencia del código pudo ser evitada

mediante una disposición general, en la que se hubiese establecido lo que debe recurrir cuando no se ha fijado el límite máximo de la pena en la parte especial, como lo hacía el derogado código italiano (*).

Debe quizás atribuirse a cierta ligereza del legislador la repetición en que incurre al tratar del delito de **(p. 106)** violación de domicilio cometido por un funcionario público: primero, como un agravante de dicho delito en el art. 230, pf.2.; segundo, como delito de abuso de autoridad en el art. 339. En cuanto al tipo legal, ambos textos son idénticos; sólo existe diferencia en cuanto a la sanción. Otro ejemplo de esta clase de ligereza se advierte en el equívoco en que incurre al disponer la inhabilitación perpetua para el funcionario público que comete defraudación, refiriéndose "los casos de los dos artículos anteriores" en lugar de a los dos últimos incisos del artículo anterior, como lo hacía la fuente argentina de donde procede el artículo 247 (ver: art. 174, párrafo último, del código argentino).

Mas grave es, sin duda alguna, que mantenga reglas del código derogado, verdaderas supervivencias de responsabilidad por las lesiones fortuitas; pensamos sobre todo en el mantenimiento de la regla de que "el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar" (art. 84, primera parte). La correcta comprensión de la técnica suiza para reprimir las formas delictuosas preintencionales en la parte especial del código, hubiera determinado al legislador a dejar de lado tal disposición.

Del mismo modo, si hubiese comprendido cabalmente la manera en que el legislador suizo reguló las diversas formas del delito de lesiones y su concepción del delito de riña, como una infracción de peligro, nuestro codificador no hubiera incurrido en el error de incorporar al código las fórmulas casuísticas contenidas en el art. 170. Reglas que confunden antes que aclarar.

El fenómeno que sigue normalmente a toda recepción de derecho foráneo, consistente en que "la doctrina del país natal tiende, a acompañarlo" (Schwarz 1938: 589), no se presentó, al ser adoptado el código de 1924, de la misma manera en que sucedió con la promulgación del código de 1863. En esa ocasión, existía una comunidad de lenguaje entre España, país de origen del código importado, y el Perú, país receptor. Los juristas y magistrados pudieron acceder fácilmente así, a la bibliografía y **(p. 107)** jurisprudencia producida en base a la ley recepcionada. En 1924, por el contrario, al orientarse nuestro codificador, principalmente, hacia la fuente helvética y, en segundo lugar, a la italiana, hizo indispensable el conocimiento de los idiomas alemán, francés e italiano para consultar los estudios y comentarios desarrollados a partir de las leyes importadas. Esta deficiencia hizo, justamente, que las obras jurídicas españolas, como la de Jiménez de Asúa, sirvieran a los juristas nacionales de vías de acceso indirecto a tales fuentes bibliográficas. Esto es notorio en la escasa literatura nacional que ha originado el código de 1924. Con excepción de Anel G. Cornejo, primer comentarista de este Código, ninguno de los autores ha tenido acceso directo a la bibliografía helvética y/o alemán. De allí que muchas de sus interpretaciones, referentes a las disposiciones del código vigente, no reflejen correctamente su sentido. La situación fue peor en la magistratura, en donde ninguno de sus miembros ha expuesto sistemáticamente el código de 1924. Esta orfandad doctrinaria ha sido uno de los obstáculos para la asimilación del derecho foráneo importado.

La doctrina y la jurisprudencia se distanciaron sensiblemente desde la entrada en vigor del código. El legislador fue quizás consciente de las dificultades que se presentarán al momento de ser aplicado el nuevo código. Dificultades debidas tanto a la falta de condiciones materiales (por ejemplo, establecimientos penales, nuevos organismos administrativos), como el desconocimiento de las nuevas instituciones penales. A pesar de esto, el legislador no dispuso que la *vocatio legis* del nuevo código fuera lo suficientemente extensa, como para que se pudiese implementar y estudiar la ley: *aprobado en enero de 1924, se dispuso su promulgación y publicación para el 28 de julio del mismo año y su entrada en vigor al día siguiente de esta fecha*. Además, no hizo ningún esfuerzo para divulgar alguno de los trabajos en que se exponían los principios básicos de las fuentes utilizadas. Bien se pudo hacer esto con la exposición de motivos del proyecto suizo de 1918 (traducido al francés por A. Gautier) y con la del proyecto Ferri de 1921. Este vacío no podía **(p. 108)** considerarse colmado por la sucinta e incompleta exposición de motivos que el legislador adjuntó al texto legal aprobado.

Por todo esto resulta válida para el caso peruano, la afirmación de Sand, para el caso africano (1974: 354), en el sentido de que se ha procedido como si se importase maquinaria moderna y delicada, sin prever un servicio de mantenimiento y reparación.

Sin embargo, cabe señalar que el mismo año de la promulgación del código apareció una edición anotada y concordada en los diferentes proyectos extranjeros (Celle 1924). En 1926 aparecieron los primeros comentarios al nuevo código, redactados por Angel G. Cornejo, mientras trabajaba en la

reforma del mismo. La lectura de este trabajo permite observar lo bien informado que estaba el autor y, sobre todo, que utilizaba las fuentes suiza, italiana, francesa y argentina. La influencia de las dos primeras es particularmente notoria en su obra posterior, en donde el autor transcribe párrafos de la exposición de motivos del proyecto suizo de 1918 (Cornejo 1936; 1937-1938).

La influencia doctrinal suiza no llegó a alcanzar el nivel que tuvo la influencia legislativa. Esto se debe a que, en el momento de la recepción de los proyectos por parte del legislador peruano, no existía aún en Suiza una obra sistemática y completa que expusiera el nuevo derecho penal federal. Sólo después de la entrada en vigor del código penal (1924), aparecieron las obras de Hafter, Thormann, von Overbeck, Logoz, Clerc, Germann.

Otra barrera fue el desconocimiento del alemán por parte de los juristas peruanos. Su conocimiento no sólo les hubiese facilitado el acceso a otros escritos helvéticos sino también a las doctrinas alemanas, en especial a la de Franz Von Liszt, que tanto influyó en Stooss, Hafter y otros importantes autores de los proyectos suizos (Graven 1951: 209). Hasta ahora, son dos juristas los más consultados por los estudiosos peruanos: Paul Logoz (1941) y Francois Clerc (1941), ambos de habla francesa.

Sobre los autores nacionales ejerció influencia más intensa la doctrina italiana, en especial la de raigambre (p. 109) positivista penal. Esto fue propiciado por la gran acogida que esta corriente obtuvo en América Latina, influencia que perduró hasta varios años después de su decadencia en Europa.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la influencia legislativa suiza ha permitido, con posterioridad, la recepción de la concepción dogmática alemana por parte de un buen número de juristas peruanos. Esta recepción ha tenido lugar, casi siempre, de manera indirecta; en particular, a través de las obras de dos autores de habla española: Jiménez de Asúa y Sebastián Soler.

Esta falta de conocimiento de la ley importada determinó que quienes posteriormente, fungieron de legisladores o sus asesores, elaborasen leyes modificadoras del código penal que importaban la desnaturalización del texto original del código. La nota distintiva de dichas leyes ha sido la severidad de las penas establecidas. Lo que revelaría el afán del legislador en modificar la moderación de las penas del código que llegó a ser calificado de "blando".

Al respecto, se debe señalar la incorporación de la pena de muerte al catálogo de sanciones del código. Respecto de esta pena, el legislador dijo que "el proyecto no innova prácticamente en esta materia; sanciona una situación de hecho que exterioriza suficientemente la repugnancia del país a la aplicación de esa pena". (*Código penal 1924*: 164). Su incorporación al sistema de penas del código, veinticinco años más tarde, fue justificada por considerar, primero, que el rechazo popular a esta pena había quedado desvirtuado al ser ella estatuida en el art. 54 de la Constitución de 1933 para los casos de homicidio calificado y traición a la patria; y, segundo, que "la lenidad con que la ley penal actual sanciona los más abominables crímenes (pena de internamiento no menor de 25 años), encuentra por el contrario, el rechazo indignado (p. 110) de la conciencia pública, que ve en ella una forma de impunidad" (considerando del D.L. 10976, 25.3.1949). La referencia a la aceptación o al rechazo popular a la pena de muerte nos muestra la manera formal y apriorística por la que se decide acerca de la conveniencia de incorporar al arsenal punitivo una sanción tan grave como la pena de muerte. De otro lado, la afirmación acerca de que sancionar al asesino con internamiento, por ejemplo, es una "forma de impunidad", nos revela el criterio represivo adoptado por el legislador y su ciega fe en la efectividad de las penas severas. En los años siguientes, se amplió el dominio de aplicación de la pena capital (ver Decretos-Leyes 12341, 17388, 18140, 15590), para luego limitar su vigencia sólo a los casos de traición a la patria y homicidio a consecuencia de raptos y sustracción de menores. En los considerandos del Decreto-Ley 18968 del 21 de setiembre de 1971, se afirmó, para justificar la restricción del dominio de aplicación de la pena capital, que "se hace imperativa la aplicación de penas que cumplan de finalidad penal y social de readaptar al delincuente, como obligación legal del Estado y moral de la sociedad, a la que aquel pertenece" (Espino Pérez 1974: 684). Pero, en los últimos años, se ha vuelto a ampliar su aplicación mediante los decretos-Leyes 19910 y 20828 para el asesinato, el robo y el homicidio resultante del ataque a miembro de las Fuerzas Policiales.

Igualmente, el reforzamiento del aspecto represivo de la ley penal es notorio por la incorporación de nuevas figuras penales, el aumento de la escala penal y la agravación de las condiciones de represión (por ejemplo, prohibiendo la concesión de la libertad provisional y de la condena y libertad condicionales). Señalemos los casos de abigeato (ley 10202, últimamente derogada), del incumplimiento de la obligación alimentaria (ley 13906), de la ocupación ilegítima de terrenos (Decretos-Leyes 14495 y 20066), de los delitos contra los deberes de función (Decreto-Ley 17106) de

los delitos contra la salud (**p. 111**) (Decreto-Ley 19049), de los ataques a los miembros de las Fuerzas Policiales (Decreto-Ley 19910), etc. Si a esto agregamos que no se han implementado las medidas de prevención a tratamiento, podemos afirmar que se ha aplicado y acentuado, principalmente, sólo el aspecto represivo del Código penal. De esta forma, el propio legislador no ha continuado en la senda que inició al incorporar a nuestro sistema jurídico las modernas instituciones penales contenidas en los proyectos helvéticos que adoptó como modelos. De este modo, demuestra no haber sabido utilizar ni siquiera convenientemente, el instrumento legal sancionatorio que promulgó en 1924. Su visión está encasillada en los estrechos límites que establece su concepción puramente represiva.

En esta perspectiva resulta comprensible que haya considerado necesario adoptar leyes de excepción o de emergencia para "salvar y proteger a la República", a pesar de contar en el código penal con disposiciones que reprimían los atentados contra el estado y la defensa nacional.

En una de éstas (art. 289), se llega a sancionar severamente al que practicare "*un acto dirigido a someter la república en su totalidad o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma*". En Suiza, de donde procede esta fórmula tan genérica, no se recurre a tales leyes de excepción, puesto que se hace más celosa la aplicación de las disposiciones pertinentes del código penal. Este es uno de los casos que ejemplifican mejor la no asimilación del derecho importado, que se explica, sobre todo, por las diferencias socio-políticas entre el Perú y Suiza en que se desarrollan las actividades de ambos Estados pueblos.

Además, se debe destacar que las diversas modificaciones realizadas al código penal y que hemos enumerado anteriormente, no se inspiran en las fuentes que sirvieron de modelos al legislador. Se trata más bien de una obra dispar y que constituye el reflejo de una "política criminal" improvisada y de reacción mecánica a la intensificación de ciertas formas de delincuencia. La determinación de los modelos escogidos para elaborar las disposiciones (**p. 112**) modificadoras o complementarias del código es muy difícil de realizar y ellas constituyen, con frecuencia, la quiebra de la sistemática del código, la acentuación -volvemos a repetir- de su aspecto puramente represivo y el alejamiento de los correctos principios de política criminal incorporados en el código de 1924. Un ejemplo claro de lo que acabamos de explicar es el llamado "código sanitario" (Decreto-Ley 17505), conforme al cual se describe una serie de comportamientos como atentados a un desmesurado bien jurídico "salud pública", entre los cuales considera, por ejemplo, "la violación de la norma de salud", el plagio de menores, las autolesiones graves y la huelga de hambre. En el art. 186 de dicho código, el legislador estatuye la pena de penitenciaría o prisión no menor de seis meses para los autores de los delitos que menciona en el art. 185 y de los "demás casos contemplados en el código penal y otras leyes", como delitos contra la salud. Con lo que crea gran incertidumbre respecto a estos últimos casos, en consideración a la variedad de conductas que califica como delitos contra la salud y que fueron clasificados diferentemente en el código penal; por ejemplo, en éste el plagio de menores es una infracción contra la libertad individual.

Si consideramos además que en este código sanitario (arts. 21 y 23), se restringe la aplicación del art. 163 del código penal, que declara impune el aborto terapéutico, podemos apreciar el distanciamiento actual de nuestra legislación penal respecto a sus fuentes primigenias. En Suiza, por el contrario, la jurisprudencia ha interpretado la manera amplia el art. 120 de su código penal, disposición que repite, en su esencia, la fórmula de los proyectos que sirvieron de modelo para redactar la disposición nacional.

Un ejemplo reciente de esta tendencia lo constituye la manera en que se ha comprendido los alcances del Decreto-Ley 21994 del 15 de noviembre de 1977, en relación con la imputabilidad. Según este decreto-ley, se reconoce capacidad civil y política a los peruanos de 18 o más años de edad. Un buen número de magistrados, juristas y aún la Corte Suprema consideran que ha quedado derogado el (**p. 113**) art. 148 del código penal que estatuye la imputabilidad relativa o disminuida de los mayores de 18 años y menores de 21. De este modo, de un lado, se alejan de las constataciones de la ciencia médica y de la psicología y, de otro lado, no tienen en cuenta la evolución de la legislación extranjera en la que se aumenta el límite cronológico para los efectos de atenuar la penalidad y aumentar la prevención y el tratamiento de jóvenes delincuentes. Esta es la tesis imperante en Suiza, en donde de acuerdo a la ley modificadora del 18 de marzo de 1971, se considera que el juez se preocupará, en el caso de jóvenes hasta 25 años de edad, de someterlos a una medida de seguridad antes de sancionarlos finalmente.

La no asimilación de las reglas importadas y de las concepciones técnicas que las inspiran, determina que nuestro legislador desconozca la evolución de las reglas en su país de origen y que la aplicación difiera cada vez más en ambos países, no obstante tratarse de normas semejantes.

b) Aplicación del derecho recepcionado

En el campo del derecho penal, la recepción de leyes foráneas es facilitada por la amplia coincidencia relativa que existe entre los criterios imperantes en los ordenamientos jurídicos nacionales, pertenecientes al sistema sociopolítico en que está inserto nuestro país, respecto a qué intereses o bienes jurídicos deben ser punitivamente protegidos. Bienes sin cuya protección no podría conservarse la sociedad tal como está estructurada, ni podría desenvolverse normalmente la vida comunitaria. Esta circunstancia hace, pues, que las normas prohibitivas de los comportamientos contrarios a tales intereses o bienes sean, fundamentalmente, iguales en los diversos ordenamientos jurídicos. Aún entre países de regímenes político-sociales diferentes, la recepción de derecho se ve facilitada, siempre y cuando exista coincidencia en los bienes que se trata de proteger. Por ejemplo, Yugoslavia socialista no ha tenido inconveniente para inspirarse en el código suizo en lo que atañe a redactar la disposición legal tendiente a reprimir el delito de traición a la patria. De esta (p. 114) manera el codificador yugoslavo ha adoptado la fórmula suiza que se refiere a todo acto orientado a modificar la constitución mediante la violencia, a destituir violentamente las autoridades políticas o a separar parte del territorio nacional. Fórmula que fue, igualmente, fuente del art. 289 de nuestro código penal (Artículo 101 del código penal yugoslavo, y 265 del código penal suizo).

Así mismo, facilita la recepción de leyes foráneas la homogeneidad de criterios existentes en el campo doctrinal -fuera de las discusiones teóricas sobre su naturaleza- respecto las circunstancias que deben presentarse para imponer una sanción penal (acción descrita en la ley, contraria al derecho y autor culpable).

Por el contrario, la dificultad sustancia para recepcionar una disposición, una institución o toda una ley foránea radica, fundamentalmente, en las diferencias existentes entre la realidad de donde procede la norma y aquella donde se trata de recepcionarla. A lo largo de nuestra exposición, hemos buscado destacar cómo las circunstancias económico-sociales han condicionado la recepción del derecho foráneo en nuestro país. Ahora, queremos destacar, *grosso modo*, dos aspectos de esta dificultad que todo proceso de recepción enfrenta.

El primero concierne a los obstáculos materiales que existen para la implementación de la estructura necesaria para la real aplicación de la ley recepcionada. Así, por ejemplo, el sistema de sanciones (penas y medidas de seguridad) adoptado por el legislador peruano, exigía para su funcionamiento la construcción de una amplia y diversificada red de establecimientos adecuados. Esta empresa estaba fuera del alcance de la capacidad económica del Estado. De allí que hasta ahora las medidas de seguridad no se hayan puesto en práctica y que las penas privativas de libertad se ejecuten en pésimas condiciones. Maúrtua fue consciente de esta dificultad y respondió a las críticas que se le hacían, diciendo que "el nuevo código no producirá inmediatamente todos sus efectos benéficos porque los establecimientos penales no corresponden a su objeto. Pero, es urgente promulgarlo porque en él se (p. 115) traza el programa de la mejora que es necesario hacer en las instituciones de punición" (Código penal 1924: 180). Sin embargo, su afirmación no hace sino poner en evidencia que no repensó las instituciones foráneas en función de las necesidades y posibilidades nacionales; conforme a su concepción desarrollista, consideró que era conveniente incorporar en el código un "programa" que debía ser cumplido paulatinamente por el Estado. De esta manera, pensó que un día llegaríamos a tener un sistema penitenciario. Lo mismo sucede en el dominio político-social, tan moderno como el helvético. Pero, lo cierto es que dicho programa no pudo ser cumplido en la misma Suiza. La situación condujo a la confederación a plantear una revisión del sistema de sanciones del código penal, el mismo que en la práctica no se cumplía, y que culminó con la dación de la ley modificadora de julio de 1965 (Hurtado 1972: 149).

El segundo aspecto que deseábamos destacar, se refiere a la materia misma sobre la que se legisla. Por ejemplo, la inaplicación, o rarísima aplicación, de los artículos que prevén los delitos contra las comunicaciones públicas o contra la salud pública, puede ser atribuida a su inadecuación a la realidad. La manera en que han sido concebidas estas figuras delictivas y las sanciones estatuidas para sus autores son más conformes al desarrollo alcanzado en un país como Suiza que al del Perú. Un caso extremo es el del artículo 271 que protege la normal explotación de una empresa pública destinada a las comunicaciones (en 1924, la gran mayoría era privada) o la explotación de un

establecimiento o de una instalación destinada a distribuir al público el agua, la luz, la fuerza o el calor (a nuestro conocimiento, esta última hasta ahora es inexistente en nuestro país),

Estas barreras materiales y el insuficiente conocimiento de las concepciones que inspiraban las instituciones recepcionadas, han determinado que muchas de las disposiciones recepcionadas permanecieran como "letra muerta" o que su sentido fuera desvirtuado al momento de la aplicación. Esta circunstancia hizo manifestar a Manuel G. (p. 116) Abastos: raro destino el del código de 1924, "envejecer sin haber sido aplicado" (Abastos 1937-1938).

Para llegar a comprender esta situación, no se debe olvidar la desconfianza y espíritu crítico con que fue visto el código de 1924, durante los años siguientes a su promulgación, por parte de la mayoría de los magistrados. Ese estado de ánimo perdura un buen tiempo, llegando la Corte Suprema a proponer y lograr, por ejemplo, la casi total supresión de la condena condicional y de la liberación condicional. En la exposición de motivos de la Ley 9014, cuyo proyecto fue elaborado por nuestro máximo Tribunal, se sostiene que "por excepción, puede admitirse esa medida (la condena condicional), si la condena versa sobre delitos cometidos por negligencia, porque no entrañan intención delictuosa, pero de ninguna manera como una regla general" (Anales Judiciales 1939: 344; Hurtado 1973). Al entrar en vigor el código de procedimientos penales de 1940 (art. 286), se volvió al texto original y mediante el Decreto-Ley 21895, del 2 de agosto de 1977, se amplió su aplicación aún para los casos en que la pena sea de dos años.

En relación a la condena condicional que acabamos de citar, su aplicación no sólo es desnaturalizada por el no funcionamiento de patronato, institución destinada a vigilar y ayudar, entre otros, a los liberados y condenados condicionalmente. También se debe dicha desnaturalización a que se comprende la condena condicional, erróneamente, como un simple beneficio y no como una medida de reeducación en libertad. Esto ha determinado que, ulteriormente, la Corte Suprema estime improcedente establecer como regla de conducta el pago de la reparación civil. Considera que el plazo de seis meses en que debía cancelarla era muy breve, lo que hacía que al revocarla por incumplimiento del pago de la reparación civil, siempre según la Corte Suprema, se infringiera la regla constitucional que expresa que no hay prisión por deudas. Sin entrar en más detalles, señalemos sólo que el código nunca estatuyó que dicho pago se realice en el término de la pena, originalmente de 6 meses, ahora de 2 años según D.L. 21895. Por el contrario, fija que el cumplimiento de (p. 117) las reglas de conducta debería tener lugar durante los cinco años siguientes a la condena, permitiendo así que el pago de la reparación civil se adecue a las posibilidades del condenado (Hurtado 1973: 77).

La práctica generalizada entre jueces y tribunales, respecto de ratificar las pericias, sobre todo médicas, sin discutir las con los peritos, ha traído como consecuencia que no se den, en nuestro medio, los efectos buscados y logrados en Suiza mediante la fórmula biopsicológica (descriptivo-normativa) de la inimputabilidad. El efecto principal es evitar que los peritos se transformen en juzgadores, dejando en manos del juez la decisión de si el procesado es, por ejemplo, capaz o incapaz penalmente. Entre nosotros no se ha comprendido, correcta y cabalmente, los alcances de dicha fórmula contenida en el inciso primero del art. 85 del código penal y procedente de los proyectos suizos.

En la aplicación de algunas disposiciones se llega a desnaturalizar su significado o a restringir demasiado sus alcances. Así, por ejemplo, al aplicar el artículo 87 que prevé el error de hecho y de derecho, la Corte Suprema lo interpreta como se tratara únicamente del primero y, además, niega efecto al error que cometa el agente sobre una de las cualidades de la víctima. En una Resolución Suprema de 16 de agosto de 1972, se dice "el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo 87 del código penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad..." (Véase también Ejecutoria del 24 de marzo de 1948, Revista de Jurisprudencia Peruana 1948: 348). De esta manera, se desfigura el sentido dado por el legislador originario; en este caso, helvético.

Las disposiciones contenidas en el título XIII de la parte general del código, referentes al concurso de varias leyes penales y de varios hechos punibles, no han sido, en el fondo, aplicadas. Aun cuando a veces son citadas, el concurso de infracciones es resultado conforme al (p. 118) criterio admitido para solucionar los caos de conexión de delitos en el campo procesal y consagrado en el art. 4 de la Ley 10124. Esta manera de solucionar los casos de concurso de delitos procede, en principio, de la legislación anterior al código vigente, en donde el código de 1863 no contaba con un conjunto de reglas destinadas a resolver ese tipo de conflictos. Las consecuencias prácticas son importantes. Por

ejemplo, quién estafa falsificando un cheque sólo será perseguido, siguiendo la concepción dominante en la praxis, por estafa, aduciéndose que la falsificación sólo es el medio para cometerla. Pero, de esta manera, resulta excluida la aplicación del art. 105 del código penal. Esta norma estatuye, en relación con los casos de concurso ideal de delitos, que el autor de la acción será reprimido con la pena señalada en una de las disposiciones que la comprenden, parcialmente; y, en caso de diferencia de penas, con la que establezca la más grave. En nuestro ejemplo, justamente, el art. 364 (falsificación de documentos) se aplicará en detrimento del art. 244 (estafa). Como esta decisión debe ser tomada en el momento de dictar sentencia, la investigación y/o el juicio oral deben referirse a ambas infracciones. Cosa que no sucede en nuestro país en la mayoría de las veces, debido al ascendiente del criterio inicialmente señalado.

En este dominio, es así mismo interesante verificar que en las resoluciones judiciales, tanto de los tribunales correccionales como de la Corte Suprema, no se recurre al art. 107 del código penal que prevé el delito continuado, a pesar de que con frecuencia se dan casos que reúnen los requisitos exigidos en dicha disposición.

Otro ejemplo de aplicación incorrecta de las normas del código, extraído también de su parte general, consiste en que nuestros jueces aplican raramente la pena de multa, regulada en el sistema de días-multa y a la que recurrió con bastante frecuencia el legislador con el objeto de evitar la imposición de penas privativas de la libertad de corta duración, siguiendo el modelo suizo. En los pocos casos en que la imponen, no hemos llegado a comprobar que hayan decidido establecer plazo para su cancelación o dispuesto que se efectúe ésta en partes, con el **(p. 119)** fin de hacerla "compatible con las necesidades del condenado y de su familia" (art. 23 del código penal, de procedencia helvética). Según una investigación personal en las mesas de partes de los Tribunales Correccionales de Lima, sólo el uno por ciento de las penas impuestas anualmente son pecuniarias.

La aplicación de la regla contenida en el artículo 52 y referente a la culpa (negligencia), en concordancia con las figuras delictivas culposas, especialmente las que protegen la integridad corporal, no es efectuada con la sutileza y amplitud con que lo hacen los tribunales helvéticos al aplicar los textos que sirvieron de modelo a nuestro codificador. De la comparación de resoluciones, aparecen impunes en nuestro medio, muchos actos reprimidos en Suiza. Por ejemplo, no se reprime a quien habiendo abierto una zanja junto a una vía pública con el objeto de instalar tubos de escape a automóviles, no la cubre o instala señales de peligro, dando lugar a que en la noche caiga y se cause lesiones a una persona. Casos semejantes y otros referentes a imprudencias en la conducción de vehículos automotores son, frecuentemente, sancionados en Suiza, conforme se desprende de una simple revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por último, señalemos que en el momento de individualizar la pena se tiene en cuenta, de modo general, el fin intimidatorio, de prevención general de la pena. La peligrosidad a que hace referencia el art. 51, junto a la culpabilidad, es simplemente utilizada como una circunstancia agravante. Un ejemplo de la orientación intimidatoria de la jurisprudencia, sobre todo en los primeros años de vigencia del código, consiste en que la concesión de la condena condicional se haga depender muchas veces de sí el delito es frecuentemente cometido o no, dejándose de **(p. 120)** lado, de este modo, el aspecto preventivo que tiene esta institucional penal.

En relación con la parte especial del código, se debe destacar que, en diversas oportunidades y al sancionar el delito de asesinato, se invoca la existencia de circunstancias que no están previstas en el código vigente (art. 152 de procedencia helvética), sino en el código derogado. Por ejemplo, la premeditación y la alevosía. Respecto a la primera, se puede decir que se trata de una supervivencia de criterios imperantes antes de la dación del código de 1924. La premeditación figura como circunstancia agravante en el inciso segundo del art. 10 del código de 1863. En cuanto a la alevosía, se encontraba también mencionada en la norma citada. Al redactarse el art. 152 del código penal (asesinato), el legislador se refirió a la perfidia. De este modo, no hacía sino traducir literalmente la fórmula suiza redactada en francés, idioma en que no existe un término parecido al de "alevosía". Si el codificador fue o no consciente de esta dificultad de traducción y si prefirió aludir a la perfidia en lugar de la alevosía, no puede demostrarse fehacientemente porque no existen actas de las discusiones de la comisión codificadora y porque no se debatió el proyecto en el Parlamento en el momento de su aprobación. Pero si se tiene en cuenta que sabía del uso del término "alevosía" y de la expresión "a traición y sobre seguro" en el código anterior (arts. 10 y 232), es de suponer que tuvo que sopesar las inaplicancias derivadas de la utilización del término "perfidia" en el nuevo texto. Por todo esto, se puede afirmar que en la jurisprudencia se da un contenido distinto a una regla importada, mediante la supervivencia de un concepto admitido en la legislación derogada y abandonado en la norma recepcionada (art. 152).

Si la dificultad antes señalada se base en una sutil diferencia, resultan menos comprensibles las imprecisiones de la jurisprudencia y aún de la doctrina respecto a la interpretación de los arts. 159 y 160, referentes al aborto consentido. En estas normas de ascendencia helvética, nuestro legislador optó por el sistema de consagrar sendas disposiciones para reprimir, separadamente, a la mujer que **(p. 121)** se causa el aborto por sí sola o con ayuda de tercero y al que, con consentimiento de la mujer, le provocare el aborto o le prestare asistencia con tal objeto. Se trata entonces de dos caras de una misma medalla, por lo que no se trata de saber si el legislador pretendió o no comprender una forma de complicidad. Cuestionarse esto, como lo hacen algunos autores nacionales (Roy Freyre 1974), implica olvidar la concepción que inspiró el modelo original, seguido fielmente al elaborarse los arts. 159 y 160. Esto hace que se afirme primeramente en relación a la segunda disposición, que los "sujetos activos de esta figura son necesariamente dos personas, incluyendo las gestante, la misma que, según nuestra opinión, aquí tendría la calidad de cómplice primario (autora, según el art. 100 del código penal) (Roy Freyre 1974: t. I. 156); para luego sostener que la prestación de asistencia a que hace referencia el art. 160 "de ninguna manera es la prescindible del cómplice secundario, sino la *necesaria* del cómplice primario" (ibid: 158). De donde resultaría que los sujetos activos, según Roy Freyre, "necesariamente son dos". Mas, lo cierto es que en el art. 160 se reprime sólo al que cause el aborto y al que preste ayuda con tal objeto a la mujer embarazada que consiente. Estos sujetos son equiparados como autores. La mujer que voluntariamente se autoaborta o se hace abortar por un tercero, sólo será reprimida conforme al art. 159. El art. 160 no tiene nada que hacer en relación con la represión de su acción. De allí que sostenemos que, según este sistema de procedencia suiza, los arts. 159 y 160, respecto a los casos de aborto consentido en que colabora un tercero, son dos disposiciones aplicables al mismo hecho, según los agentes del delito. Sin un fin persiguió el codificador en relación con la complicidad, consistió, precisamente, en eliminar los problemas de la aplicación de las reglas generales de participación, mediante la equiparación de todos los partícipes. Con esta interpretación se satisfacen los juristas suizos que analizan disposiciones iguales a las nuestras y ella es admitida, así mismo, por el Tribunal Federal. Se trata, pues, de un caso en que evidentemente no se da la asimilación del derecho **(p. 122)** importado. El texto recepcionado es comprendido y, por tanto, aplicado de manera diferente a la del país de origen.

Asimismo y aún hasta la actualidad, se sigue considerando por la jurisprudencia (*Anales judiciales* 1948: 271), que el artículo 167 del código vigente regula el "delito preterintencional", a pesar de que éste dispone claramente que se castigará al delincuente por la lesión que quiso inferir en realidad y no por la que causó sin intención y no pudo prever. Al elaborar el legislador suizo esta disposición, recogida luego por nuestro codificador, no buscó otra cosa sino reafirmar el principio "no hay pena sin culpabilidad".

En los primeros años de la vigencia del Código, la referencia a la "conducta irreprochable" (elemento normativo del tipo legal del delito de seducción), fue interpretada como ausencia de relaciones sexuales antes del delito por parte de la víctima. De esta manera, subsistía la concepción admitida en el art. 270 del código derogado que protegía la "ingenuidad de la menor" (*Revista del Foro* 1937: 558).

Para culminar esta parte, nos parece interesante subrayar las diferentes formas de comprender y aplicar las disposiciones referentes a los delitos contra la seguridad pública (incendios y otros estragos, contra las comunicaciones públicas y contra la salud pública) en el Perú y en Suiza, no obstante que nuestras reglas son traducciones de las helvéticas. Para explicar ese hecho, consideramos como factor decisivo las condiciones sociales y culturales propias de ambos países, que hacen que no se repriman ciertas conductas entre nosotros, pero sí en Suiza. Estimamos que en el plano jurídico influye bastante la falta de concordancia al interpretar lo que es "peligro colectivo"; es decir, qué significa la frase poner "*en peligro la vida o la salud de las personas*". Los suizos admiten que se trata de un peligro concreto aún en relación con una sola persona y estiman que no es necesario un peligro colectivo concreto, ya que éste es considerado como agravante en algunas de las otras disposiciones. Pro ejemplo, en el párrafo segundo del art. 268, se dice: si "el delincuente **(p. 123)** hubiere puesto a sabiendas en peligro la vida o la salud de *un gran número de personas*". Los juristas y magistrados peruanos exigen en todos los casos la presencia de este peligro común concreto para aplicar las reglas que comentamos.

Así, en la ejecutoria del 23 de setiembre de 1952, la Corte Suprema sostuvo que "el delito contra la salud pública para ser punible debe reunir las características de peligro colectivo y grave" (*Revista de Jurisprudencia Peruana* 1953. 1105).

Después de todas estas constataciones, podemos afirmar que las normas foráneas importadas por el legislador peruano no han sido, en su gran mayoría, asimiladas debidamente. Aun cuando el texto

no ha sido modificado en su expresión formal, su sentido ha variado en la medida en que esas normas se "aclimataban al medio", en donde no sólo han estado y están sometidas a las exigencias de la realidad económico-social, sino también jurídico-cultural.

A manera de conclusión

Anexo: Fuentes legales del código penal de 1924

Para la elaboración del código penal, el legislador nacional recurrió, fundamentalmente, a los proyectos de código penal suizo y al proyecto de código penal italiano de Ferri. Al mismo tiempo, conservó lagunas partes del código penal de 1863 de inspiración española y tuvo en cuenta los códigos argentinos de 1921, italiano de 1889 y al holandés de 1881. Esto determinó que el código resultara un producto peculiar, comparable a un mosaico asimétrico elaborado con diversos materiales, cuyo único aspecto en común era el de proceder de una misma cantera: el derecho euro-continental.

Formalmente, el código penal de 1924 constituyó una obra audaz en la medida en que el legislador incorporó novedosas instituciones penales. Pero no representaba el resultado de la evolución interna de la legislación y de las ideas penales existentes en el Perú. Tampoco representó, como lo hemos visto, una respuesta adecuada a las condiciones de nuestro país.

El sistema de sanciones estatuido, por ejemplo, no puede ser justificado, como lo hace Maúrtua, diciendo simplemente que se trata de un programa a realizar. Era necesario ver si dicho programa era o no acorde a nuestros recursos y exigencias. Tal sistema de sanciones, inspirado en los proyectos suizos, no sólo se ha revelado imposible de aplicarse en nuestro país, sino también en la propia **(p. 126)** Suiza. Por esto es que el desarrollo posterior del ordenamiento positivo y de la doctrina no han continuado las sendas abiertas con la dación del código vigente, situación determinada por la no asimilación del derecho importado. Al respecto, podemos decir, parafraseando a Manuel G. Abastos, que el raro destino del código Maúrta ha sido envejecer sin haber sido aplicado ni suficientemente estudiado.

El código penal de 1924 no ha producido la racionalización y el mejor control de las ilicitudes y de los medios para contrarrestarlas. Los proyectos suizos, utilizados por nuestro legislador, constituían un sensible avance en el camino recorrido por las sociedades modernas para disciplinar, orientar y sancionar a las personas. Con este objeto, se incorporaban a la esfera penal medidas de carácter administrativo para curar y/o reeducar a quienes habían incurrido en infracción. Al no ser aplicadas estas medidas de prevención, por falta de establecimientos adecuados, nuestro ordenamiento penal conservó su carácter, fundamentalmente represivo. Este carácter se ha ido acentuando a medida que el código ha sido modificado en el curso de los años.

Tampoco se ha tenido en cuenta, como *leit motiv* de las modificaciones e intentos de reforma del código penal, la preocupación de Maúrtua de realizar una obra no ajena a la realidad nacional. Aunque la solución que da al problema de las diferencias etnoculturales de la población nacional no es correcta, como hemos tenido ocasión de mostrarlo, la actitud de Maúrtua señaló, a su manera, el camino a seguir para elaborar un código penal: no despreciar los ensayos legislativos realizados en el extranjero y no olvidar las peculiaridades de la realidad nacional.

Al no adecuar a nuestra realidad las disposiciones que recepciona, el legislador establece un obstáculo insuperable para su asimilación. No basta un conocimiento cabal de los alcances y fines de la norma importada, ya que ella resulta inoperante en el medio en que se va a aplicar. Dicho conocimiento permitirá, en el mejor de los casos, tener conciencia de por qué no se puede aplicar. De **(p. 127)** esta manera, las disposiciones recepcionadas asumen el rol de discurso enmascarador de una realidad muchas veces en contradicción a la normativamente estatuida.

Históricamente, el código penal de 1924, considerado entonces como el "nuevo derecho penal" por su alejamiento del código penal de 1863 - de inspiración española -, no fue cosa diferente de la "Escuela nueva" (Ley orgánica de la educación de 1920) y de la "Patria nueva", propuestas por el mismo Leguía, promulgador del código.

Si bien el nuevo código llegó a ser calificado de "código blando" por no considerar la penal capital y por establecer mesuradas escalas penales en relación a cada infracción, el Estado, en el ejercicio cotidiano del *jus puniendi*, a través de sus órganos correspondientes, continuó con la política puramente represiva en la lucha contra la delincuencia. Esta lucha era acorde con el criterio y práctica

del legüismo, de considerar necesario mantener la paz pública "a base de un gobierno fuerte para asegurar la prosperidad del país" (Basadre 1968: XIII, 364).

El caso de la recepción de derecho penal foráneo en el Perú, no es un fenómeno excepcional. Con bastante frecuencia se recurre a la importación de derecho con el fin de reformar el sistema jurídico vigente o de unificar o uniformizar los pertenecientes a diversos países.

Este fenómeno, raramente estudiado entre nosotros, debe ser tratado en su condición de proceso social y no en su simple dimensión de técnica legislativa. Tampoco es suficiente considerarlo, limitadamente, mediante el señalamiento de la fuente legal de la disposición estudiada.

En tanto fenómeno social, la recepción aparece como un hecho que se inserta en el devenir sociocultural del país. Ubicada la importación de derecho foráneo en el contexto histórico en que tiene lugar, no aparece como un hecho extraño, ni en el sentido de caso único ni en el de contrario a la formación normal del sistema jurídico. En nuestro país, él se presenta como un caso frecuente en la formación de nuestro ordenamiento jurídico: los principales códigos fueron elaborados en base a modelos extranjeros.

(p. 128) Esta manera de legislar se encuentra estrechamente ligada a la situación socio-política del Perú. La influencia económica y cultural de Estados Unidos y de Europa en nuestro país constituye un factor decisivo en la estructuración del orden jurídico que debe impulsar, garantizar y profundizar las relaciones políticas, económicas y culturales. En esta perspectiva, hemos tenido oportunidad de ver cómo los grupos gobernantes de países como el nuestro creen firmemente que la reforma del derecho es el medio idóneo para crear las condiciones necesarias del despegue económico, facilitando la aparición y el desarrollo de nuevas fuerzas sociales.

Como la ley o el código elaborados mediante la importación de derecho foráneo corresponden, generalmente, a una situación socio-política (la del país exportador) que el legislador pretende sea alcanzada por el país receptor, la separación entre orden normativo y realidad social es enorme. Esto trae como consecuencia que gran parte del derecho receptor permanezca inaplicado o que sea desnaturalizado. La situación se agrava cuando el Estado receptor no toma la iniciativa para divulgar la ideología y las concepciones jurídicas consagradas en el derecho receptor, ni organiza la infraestructura mínima para su aplicación.

La falta de iniciativa del Estado para aprovechar el proyecto elaborado por un jurista o una comisión conforme a los modelos extranjeros más avanzados, a fin de dotar al país de una ley o un código técnicamente buenos, revela improvisación e incapacidad para estructurar y llevar adelante una adecuada política legislativa y para crear las condiciones propicias a su realización. En nuestro país, la recepción del derecho penal suizo, en circunstancias en que juristas y magistrados se encontraban imbuidos de la cultura jurídica española, exigía por parte del legislador un esfuerzo de divulgación de las concepciones que inspiraban el modelo extranjero importado.

Estas importantes deficiencias del proceso de recepción, además de las señaladas en el desarrollo de la exposición, no permiten que se le inhabilite como medio **(p. 129)** para la reforma del sistema jurídico. Admitir lo contrario implica dejar de lado las innegables ventajas del método de derecho comparado; es decir, ignorar la experiencia adquirida en otras latitudes respecto al dominio que se trata de mejorar. Lo que no sólo implica consultar los textos legales, sino también y sobre todo tener en cuenta su aplicación y las condiciones socio-culturales que la condicionan.

Para aprovechar mejor estas ventajas, resulta indispensable tener plena conciencia de la condición de subdesarrollo de nuestro país. No en el sentido de encontrarse en una etapa superada por los países desarrollados, sino en el de país dependiente, política y económicamente débil. De lo contrario, se seguirá incurriendo en el error de importar el derecho de sociedades avanzadas, tal como ha sido elaborado por éstas, con la esperanza de que un día el país receptor (subdesarrollado) alcance el nivel del país importador. Las instituciones reguladas en el derecho de estos países deben ser repensadas en función de las características propias de nuestro país.

Con estas apreciaciones generales concluimos, provisionalmente, este ensayo que sólo podrá ser completado cuando se profundicen los estudios de otros procesos de recepción, no sólo en el dominio jurídico sino también, por ejemplo, en el educacional (Mariátegui 1972: 105), el policial y el administrativo, ya que ellos se encuentran estrechamente vinculados y tienden a objetivos comunes.

Anexo

Fuentes legales del código penal de 1924.

La influencia suiza en el código penal peruano debe ser colocada por encima de las demás. Sin embargo, determinar con certeza el texto helvético consultado por nuestro legislador resulta difícil, por la imprecisión existente en relación a la época exacta en que fue elaborado el proyecto de código penal peruano de 1916 (publicado sólo en 1918) a, sobre todo, si se tiene en cuenta las fechas en que se publicaron los proyectos suizos y la posibilidad que tuvo el codificador peruano de consultarlos para redactar el texto de 1916, el difundido periodísticamente en 1917 o el presentado al Congreso para su aprobación. La confrontación de estas versiones permite, por ejemplo, excluir como fuente legal de algunas disposiciones de nuestro código al proyecto suizo de 1918, cuando estas disposiciones ya aparecen en el proyecto peruano de 1916 (publicado en 1918); por lo que resulta necesario recurrir a los anteproyectos helvéticos de agosto de 1915 y de 1916.

Sin exagerar, puede afirmarse que en casi todo el código penal se detecta, fácilmente, la influencia suiza. (p. 132) Desde el artículo primero, referente la "principio de legalidad", hasta las disposiciones del libro cuarto, consagrado a la "Vigencia y aplicación del código", es fácilmente reconocible la ascendencia suiza. Muchas veces, el legislador peruano se ha limitado a transcribir literalmente las normas helvéticas; en diferentes oportunidades las ha tratado de adecuar a la realidad nacional. Es así mismo frecuente que las utilice para completar o modificar normas de diferente procedencia o viceversa.

El título del libro primero del código ha sido estructurado por el legislador peruano siguiendo el modelo helvético. Estableció como regla general el principio de la territorialidad de la ley y como normas excepcionales los principios real o de defensa, de la personalidad activa y de la personalidad pasiva. Los incisos segundo y tercero del artículo 5o que definen estos dos últimos son fieles transcripciones de los incisos 2o y 3o del artículo 5o A.P.S. 1916.

En relación a la regulación de los elementos del delito, se debe destacar que las definiciones de dolo y culpa, incorporadas en el código derogado, son de claro corte helvético (art. 16 P.S. 1918). La noción de culpa (negligencia) es idéntica a la contenida en el párrafo tercero de esta disposición. Lo mismo sucede con la regulación de la inimputabilidad (art. 85, inc. 1 C.P.; art. 12 A.P.S. 1915) y del error de hecho y de derecho (art. 87, párrafo 1o C.P.; arts. 17 y 18 P.S. 1918); así como con la exigencia de recurrir a peritos cuando se tenga dudas sobre el estado mental del inculpado (art. 93 C.P.; art. 17 A.P.S. 1916). Las disposiciones que regulan las demás circunstancias que eliminan los elementos del delito (art. 85, incs. 2o y 5o) están impregnadas por la influencia suiza, aunque su redacción haya sido elaborada a base de textos del código derogado.

En este dominio, el apego del legislador peruano a la fuente suiza ha determinado que se siga reconociendo en la culpabilidad una base fundamental del sistema represivo. Quizás esta nota distintiva de los proyectos suizos fue (p. 133) decisiva para que no se reconociera la preponderancia del "estado peligroso" en la determinación de la sanción. Además, esto ha atenuado el alcance de algunas disposiciones, supervivencias del código derogado, que reconocían la responsabilidad por el simple resultado. Por ejemplo, la regla del artículo 84, *ab initio* ("el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar"), es limitada por la incorporación de la regla helvética: "cundo el delincuente hubiere causado un resultado más grave que no quiso causar ni pudo prever, será castigado por la lesión que quiso inferir". Desafortunadamente, al redactar el artículo 167, el legislador no siguió a la letra el texto suizo. Tal vez por non comprender cabalmente los alcances de tal regla, hizo facultativo lo que era obligatorio para el codificador suizo (Hurtado 1978: 290).

Aportes suizos que se orientan a relevar el aspecto subjetivo, personal, en el momento de individualizar la represión, se advierten en la regla de que "las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible" (art. 104 C.P.; art. 24 A.P.S. 1915); la noción de delito imposible establecida en el artículo 99 (art. 23 A.P.S. 1915): haber "intentado cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito fuese absolutamente imposible"; y la solución adoptada para resolver el concurso de varias leyes en la represión de un acto delictuoso (imposición de pena más grave y de las penas accesorias y medidas de seguridad aunque estén previstas en una sola de tales disposiciones; art. 105 C.P.; art. 67, pf. 1o A.P.S. 1915). Por el contrario, no admite la solución suiza para la determinación de la pena principal en el caso de concurso real de delitos. Pero lo hace en relación con la acumulación de las multas y la

aplicación de las penas accesorias o medidas de seguridad, a pesar de que sólo están previstas en una disposición (art. 109 C.P.; art. 68, pf. 2o A.P.S. 1915).

Es particularmente importante la influencia suiza en el sistema de sanciones contra quienes cometan una **(p. 134)** infracción. A ella se debe la incorporación de las medidas de seguridad contra delincuentes inimputables o de imputabilidad restringida (internamiento en un hospicio u hospital, arts. 89 y 91 C.P.; arts. 13 y 15 A.P.S. 1916); contra delincuentes ebrios habituales (colocación en una casa de tratamiento o de trabajo, art. 41 C.P.; art. 42 P.S. 1918) y contra delincuentes que vivan de manera desarreglada o en la ociosidad (colocación en una casa de educación por el trabajo, art. 42 C.P.; art. 41 P.S. 1918).

El tratamiento previsto por nuestro legislador para los reincidentes y los delincuentes habituales no es semejante al concebido por el legislador suizo. Sin embargo, su noción de reincidencia sí ha sido incorporada en nuestro código con algunas variaciones (art. 111 C.P.; art. 64 P.S. 1918).

Para terminar con la parte general del código, nos queda tan sólo mencionar dos títulos que son de franca ascendencia suiza. Se trata del título XVI referente a la rehabilitación y del título XVIII consagrado al tratamiento de menores. Ambos títulos no tienen antecedentes en la legislación nacional y, sobre todo el último, comportaron un enorme paso hacia adelante. Las disposiciones peruanas no son mero reflejo de las helvéticas y en las referentes a los menores, en dos por lo menos, se observa la influencia positivista (arts. 137 y 145).

En la parte especial del código, la influencia suiza puede admitirse hasta en el hecho de que el legislador haya eliminado los delitos contra la religión, previstos en el código derogado ya que, al mismo tiempo, incorporó como delitos contra el orden público los atentados contra las convicciones en materia religiosa y la libertad de cultos (arts. 284 y 285 C.P.; art. 229 P.S. 1915).

También se debe a la influencia helvética el orden en que son reguladas las diferentes infracciones que, en líneas generales, puede ser descrito de la manera siguiente: primero, los delitos contra la persona; luego, los que atentan contra la sociedad; y, por último, los que se dirigen contra el Estado. En el detalle, se presentan algunas diferencias: por ejemplo, el legislador peruano ha **(p. 135)** colocado los delitos contra el patrimonio después de los delitos contra la libertad individual; por el contrario, el suizo lo hace inmediatamente después de los delitos contra la vida y la integridad corporal.

La mayor parte de los tipos legales han sido elaborados siguiendo los criterios suizos. Muchas veces, constituyen fieles reproducciones de los modelos. Así, por ejemplo, las definiciones de asesinato (art. 152 C.P.; art. 99 P.S. 1918), homicidio por emoción violenta (art. 153 C.P.; art. 100 P.S. 1918), infanticidio (art. 155 C.P.; art. 103 P.S. 1918), homicidio por negligencia (art. 156 C.P.; art. 104 P.S. 1918), lesiones (art. 165 a 168 CP; arts. 108 a 110 P.S. 1918), injuria (art. 188 C.P. art. 154 pf. 1o P.S. 1918), contra la libertad y el honor sexual (arts. 196 a 201 C.P.; arts. 162, 164, 166, 168, 170, 171 P.S. 1918), corrupción (art. 206 a 210 CP; arts. 173, 174, 176, 177, 178, 179 P.S. 1918), bigamia (arts. 214, 215 C.P.; arts. 182 P.S. 1918), contra la libertad individual (arts. 222 a 224 C.P.; arts. 155 a 157 P.S. 1918), rapto de mujeres y menores (art. 228 C.P.; art. 158 P.S. 1918), hurto (arts. 237, 238 C.P.; art. 120 P.S. 1918), robo (art. 239 C.P.; art. 121 P.S. 1918), apropiaciones ilícitas (arts. 240, 241 C.P.; arts. 122, 128, pf. 2o P.S. 1918), chantaje (art. 250 C.P.; art. 133 inc. 2o P.S. 1918), contra la seguridad pública (arts. 261 a 271, 274 a 279 C.P.; arts. 187 a 193, 203 a 205, 197 a 201 P.S. 1918), contra la tranquilidad pública (arts. 281 a 288 C.P.; arts. 224 a 228 P.S. 1918), contra la seguridad militar (arts. 289 a 295 C.P.; arts. 230, 231, 234, 238, 237, 243, pf. 1o P.S. 1918), falsificación de documentos (art. 364 a 367 C.P., arts. 217 a 220 P.S. 1918).

En muchos otros casos, la ascendencia suiza es evidente en el mejoramiento de la regulación de algunas infracciones. Un buen ejemplo es el del delito de aborto. En el código penal derogado (arts. 243 a 245) ya se consideraban distintamente el autoaborto, el aborto consentido por la mujer y realizado por un tercero, el aborto no consentido y la agravante el caso de que médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos "abusen de su arte para cometerlo". La descripción de estas figuras ha sido mejorada de acuerdo a las disposiciones suizas (arts. 109 y 110 P.S. **(p. 136)** 1915, que figuran luego en P.S. 1918 como arts. 105 y 106) y se incorporó la figura del aborto terapéutico, siguiendo de cerca el artículo 107 del P.S. 1918. Este no figuraba en el proyecto peruano de 1916.

El así mismo interesante el caso del delito de adulterio. En el código derogado, se distinguía entre la comisión de este delito por de la mujer (art. 264) y del hombre (art. 265). El hombre sólo era considerado adúltero cuando tenía "manceba en la casa conyugal", lo que no exigía en relación a la mujer. El "codelincuente" de la mujer era igualmente castigado. Por influencia de los proyectos

helvéticos, se equiparan ambos casos y son regulados en una misma disposición. Esta influencia se observa claramente en el hecho de que nuestro legislador ha preferido emplear el término "cómplice", utilizado por el codificador suizo (arts. 183, P.S. 1915 y 181 P.S. 1918), al de "codelincuente" utilizado en el C.P. 1862, y en que ha incorporado como obstáculos a la persecución del agente, el consentimiento y el perdón del cónyuge ofendido y la necesidad de que éste pida el divorcio por razón de adulterio. Junto a éstos, mantuvo los que establecía el código derogado: instancia de parte y abandono de consorte.

Pro último, señalemos el caso del delito de estafa. En el artículo 244, nuestro legislador lo describe como el acto de procurarse o de procurar a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, utilizando nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza, aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o mediante cualquier otro artificio, astucia o engaño. La enumeración de los medios procede del artículo 345 del código derogado; pero, la exigencia de que se obtenga o produzca a otro un provecho ilícito en daño de un tercero, es de ascendencia suiza.

Sin embargo, nuestro legislador no ha aceptado del todo el criterio helvético, ya que para éste bastaba sólo que el agente tuviese el "propósito de procurarse o de procurar a otro un enriquecimiento ilegítimo" ("dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime") (art. 113 A.P.S. 1915; art. 129 P.S. (p. 137) 1918). Esta modificación no figuraba en el proyecto peruano de 1916, cuyo artículo 241 es más bien una copia del art. 187 de los proyectos argentinos de 1906 y 1917. De esta manera, el legislador peruano mantenía en realidad la concepción del legislador de 1862, pero revistiéndola de cierta modernidad en el lenguaje.

El libro cuarto del código peruano ha sido elaborado siguiendo el modelo helvético. Este influjo es notorio en el título que se le da: "Vigencia y aplicación del código penal" ("Entrée en vigueur et application du Code pénal": libro tercero. P.S. 1918; igual, en el P.S. de 1915). Del mismo modo, es ostensible la influencia en la estructura adoptada, ya que en la ley peruana se subdivide este libro tercero en títulos, correspondientes a los previstos por el legislador suizo y referentes a la relación entre el código penal y la legislación anterior ("Relation entre le code pénal et la législation antérieure", chapitre premier, P.S. 1918), Patronato (chapitre huitième, "Exécution des peines - Patronage"), al Registro Judicial ("Casier judiciaire", chapitre cinquième, P.S. 1918), a la jurisdicción de menores ("Procédure à l'égard des enfants et des adolescents", chapitre septième, P.S. 1918), y a las disposiciones finales (chapitre onzième, "Dispositions finales").

Las disposiciones contenidas en estos títulos son semejantes a las suizas, salvo en aquellos casos en que la diferencia de realidades era tan grande que impedía una simple transcripción; por ejemplo, en el caso de la organización procesal.

La diferencia más clara entre el proyecto peruano de 1916 y el código aprobado consiste, en primer lugar, en la acentuación de la influencia helvética y, en segundo lugar, en la incorporación de normas de corte positivista (P.I. 1921).

La supervivencia de lo español es notoria en la parte general del código; primero, en la regulación de las causas que eliminan los elementos del delito (acción, antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad). Al respecto, el legislador peruano ha conservado la técnica utilizada en el código derogado. En el título X del libro primero, bajo (p. 138) la denominación de "Causas que eliminan o atenúan la responsabilidad", agrupa las causas de inimputabilidad y de imputabilidad restringida (art. 85, inc. 1o y 9o), la legítima defensa (art. 85, inc. 2o), el estado de necesidad (art. 85, inc. 3o, *in fine*), el acto permitido por la ley y el cumplimiento de los deberes de función y profesión (art. 85, inc. 4o), el acto ordenado por la ley o por un mandato obligatorio dictado por autoridad competente (art. 85, inc. 5o), el error de hecho y de derecho (art. 87, inc. 3o). En algunas de estas disposiciones se mantiene, total o parcialmente, el texto del código derogado. Así, en la enumeración de las circunstancias en que se da la legítima defensa (C.P. 1862, art. 8, inc. 4o), en la referencia a la fuerza física irresistible y la coacción (C.P. 1862, art. 8 inc. 8o, *ab initio*), en la definición de "eximentes incompletas" (C.P. 1862, art. 9, inc. 1o; C.P. art. 90), en la declaración de que la ignorancia de la ley penal no exime la pena (C.P. 1862, art. 6 - para todo delito - ; C.P. art. 87, pf. 2o, sólo para los que merecen pena mayor que la de prisión). Respecto a las restantes normas, sólo se pueden considerar totalmente nuevas las que regulan la inimputabilidad y el error. Estas y las modificaciones realizadas en las otras son de inspiración helvética.

En segundo lugar, es de señalar el Título VIII del libro primero, referente a la reparación civil. El legislador ha transcrito literalmente cuatro artículos del código derogado: 87, 88, 89 y 93 (C.P. 1924, arts. 66, 68, 79 y 71, respectivamente). El texto del artículo 70 del código vigente, que se refiere a la solidaridad de los participantes en el cumplimiento de la reparación civil, es muy semejante al párrafo

10o del artículo 92 de la ley derogada. En las restantes disposiciones de este título es clara la influencia italiana.

Por último, el legislador ha conservado algunas disposiciones diseminadas en los demás títulos de la parte general del código. Es el caso, por ejemplo, del artículo 84, *ab initio*, que dispone que "el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar". Esta regla figuraba en el artículo 7 del código derogado. Se trata de **(p. 139)** un reconocimiento expreso de la "responsabilidad por el simple resultado". Ambas disposiciones hacen también referencia a que la persona lesionada sea distinta a la que quiso realmente dañar. En el nuevo código el significado de esta última regla es otro, debido a que el legislador ha agregado una norma italiana (P.I. 1921, art. 14).

Procede, igualmente, del código derogado (art. 3, pf. 2o) la definición de tentativa contenida en el artículo 96, párrafo final ("el agente hubiere comenzado simplemente la ejecución del delito") y la regulación de la participación en los delitos por omisión; el artículo 101 del código vigente es una reproducción literal del artículo 14 del código derogado.

En la parte especial del código, la presencia de la tradición española es más frecuente, pero bastante diluida. Pocos son los nuevos delitos incorporados al código vigente que non figuraban ya en el derogado. Por esto, es raro que los diferentes títulos de la parte especial no conserven cierto aire español. Pero, no porque el legislador se haya remitido directamente a la fuente hispánica, sino porque mantiene algunas disposiciones y expresiones contenidas en el código de 1862 o porque se transcriben disposiciones argentinas.

Respecto al código argentino de 1922, Jiménez de Asúa (1943: 213) afirmó que "para la técnica antigua y consagrada, el Código argentino ha buscado inspiración en el código español, bien directamente, o bien, con más frecuencia, por mantenimiento de los viejos preceptos del código derogado que, en numerosos pasajes, tomó por modelo la ley española de 1870". Por esto es que la influencia argentina implica el mantenimiento de las disposiciones de tradición española, Esta influencia se halla presente, sobre todo, en las normas nacionales que prevén los delitos de duelo (arts. 171-178), de supresión y alteración del estado civil (arts. 217-219), violación del secreto de la correspondencia (arts. 232-235), estafa y otras defraudaciones (arts. 244-248), usurpación (arts. 257-258), piratería (arts. 270-273), rebelión y sedición (arts. 302-313), **(p. 140)** desacato (art. 328), concusión (arts. 343-345), peculado (arts. 346-348), prevaricato (arts. 354-357), denegación y retardo de justicia (arts. 354-361). No significa que todas estas disposiciones hayan sido simplemente importadas por el legislador peruano: buena parte de ellas ya estaba en el código peruano derogado.

La influencia italiana proviene de dos vertientes; del código penal de 1889 y del proyecto Ferri de 1921, y sólo concierne a la parte general. Del código de 1889 o de Zanardelli, tomó el legislador peruano los lineamientos generales de su técnica. Esta consistía en regular, primero, la ley penal; luego, las penas y, por último, el delito. De esta manera, abandonó la base que le ofrecía el código derogado que regulaba, primero, las formas de aparición del delito, la responsabilidad del autor y de los partícipes y, sólo después, las penas.

El mismo modelo italiano se siguió para establecer el paralelismo en cuanto a la duración de las dos principales penas privativas de la libertad: la penitenciaría (art. 12, de un año hasta veinte) y la prisión (art. 14, de dos días hasta veinte años). Según los arts. 13 y 15 del código italiano de 1889, la duración de ambas penas se extendía desde tres días hasta veinticuatro años. Semejante paralelismo existía también en el código derogado.

Se nota, igualmente, la influencia italiana, pero de manera atenuada, en la regulación de las penas de multa (arts. 21 a 24 C.P.; art. 91 C.I.) e inhabilitación (arts. 27 y 28 C.P.; art. 20 C.I.), del desistimiento activo y del delito frustrado (arts. 95 y 97 C.P.; arts. 61-62 C.I.) y en la prescripción (arts. 120 a 124 C.P.; arts. 91 a 94 y 96 C.I.). Por último, se debe señalar que el legislador, aceptando el criterio admitido en el artículo 45 del código italiano, convierte las faltas en infracciones formales cuyos autores deben ser castigados por el solo hecho de haberlas cometido,

El número de disposiciones del código peruano que provienen, total o parcialmente, del código de Zanardelli es mayor que el de las procedentes del proyecto positivista de Ferri. Pero, la importancia de estas últimas es **(p. 141)** mayor, debido a la materia que regulan. Es el caso de los artículos 50 y 51, referentes a la aplicación judicial de las penas. En el artículo 51 se estatuye que la pena será impuesta de acuerdo a la "culpabilidad y peligrosidad" del agente y enumeran las circunstancias objetivas y subjetivas que han de tenerse en cuenta. Esto significó el abandono del sistema de agravantes y atenuantes generales, del código de 1862. Sus modelos han sido, fundamentalmente, los artículos 20 y 21 del proyecto Ferri. Disposición semejante contiene el código argentino de 1921

(art. 41); pero no se halla tan cerca del modelo italiano como el peruano. La referencia a la culpabilidad es de procedencia suiza.

Siguiendo muy de cerca la concepción admitida por el proyecto Ferri, el legislador peruano perfeccionó, de manera notoria, la regulación de la reparación civil: le dio un carácter público y mejoró el sistema para garantizar su cumplimiento. No es correcto afirmar que para lograr esta meta, nuestro legislador "no tuvo sino que reproducir en gran parte las disposiciones del Código de 1863" (Zavala Loayza 1941: 63). Debió, además, transcribir casi literalmente algunas disposiciones del proyecto Ferri. De las dieciséis disposiciones que constituyen el título VIII del libro primero del código peruano, consagrado a la reparación civil, nueve son de origen italiano, seis ya figuraban en el código derogado y una no tiene antecedentes conocidos.

Asimismo se debe considerar de ascendencia preponderante positivista el tratamiento de los delincuentes doble reincidentes y habituales, estatuido en los artículos 113 y 116 del código penal. Pueden ser considerados como fuentes de inspiración los artículos 25, 27 y 29 del proyecto italiano. A estos delincuentes se les aplica la relegación: relativamente indeterminada para los dobles reincidentes y absolutamente indeterminada para los habituales.

Esta influencia es aún más acentuada en las disposiciones que norman el "régimen de las prisiones" (título XVIII del libro primero del código). Algunas de ellas (**p. 142**) constituyen una transcripción de los artículos 70, 71 y 72 del proyecto Ferri.

El influjo de las ideas positivistas, más que el de alguna disposición positivista determinada, es visible en los artículos 83 y 145 del código peruano. En el primero, se dice que "el agente de infracción no intencional ni culposa, será también reprimible, en los casos de peligro, social, cuando la ley lo prescribe expresamente, sustituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada, determinada por la ley". El ascendiente positivista es sin duda patente en esta regla; pero también es cierto que no consagra el principio de la "responsabilidad social", preconizado en el artículo 18 del proyecto Ferri. Se trata en realidad de la determinación de una especie de responsabilidad sin culpabilidad del delincuente inimputable y peligroso.

En el artículo 145 se estatuye la aplicación de medidas de prevención a cierta clase de menores, "aún cuando todavía no hubieran cometido hecho reprimido como delito". Se trata de un caso de "responsabilidad *ante delictum*", intensamente sostenida por los defensores de las concepciones positivistas¹.

El influjo sueco se refleja tan sólo en la aceptación, por parte del legislador peruano, del sistema "días-multa" (art. 20, pf. 1o), concebido por el profesor Thyren y plasmado en el proyecto de código penal sueco de 1916 (capítulo II, inc. 8).

Igualmente mínima es la influencia holandesa. Puede afirmarse que a ella se debe la forma en que se regula el "principio real o de defensa", referente a la aplicación de la ley penal en el espacio. Primero, en relación a los delitos en que se admite (art. 5, inc. 1o C.P.; art. 4 del código holandés de 1881) y, segundo, en lo que concierne a su implicación cuando el autor haya sido juzgado en el (**p. 143**) extranjero (art. 6, inc. 3o C.P.; art. 68, inc. 2o del código holandés).

La procedencia uruguaya de algunas disposiciones es manifiesta, sobre todo en el libro tercero del código peruano, dedicado a las faltas.

¹ En relación al estado actual del derecho de menores en el Perú, es necesario consultar al código de menores dabo mediante la ley autoritativa 13968.