



Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<https://www.forhistiur.de>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil M.A., LMS (Leuven)  
Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)  
Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)  
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)  
Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

Artikel vom 26. 03. 2019

© 2019 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://forhistiur.de/2019-03-ramos-nunez>

ISSN 1860-5605

Carlos Ramos Núñez

## La Ley Penal y el Indio: de la Realidad del Discurso al Discurso de la Realidad

### A modo de introducción

En el Derecho que rigió el complejo mundo virreinal, el indio era considerado un menor de edad, un huérfano necesitado de protección, un miserable.<sup>1</sup> Las normas de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 y otros que se enhebraron posteriormente así lo atestiguan.<sup>2</sup> Gracias a la influencia lascasiana, las normas jurídicas que regulaban la condición de los indígenas eran dispositivos tuitivos, de enorme alcance humanitario. Quizás el mayor inconveniente del Derecho indiano radicaba en su falta de cumplimiento. Su ilegitimidad, en todo caso, no era de origen, sino de resultado.

Esta concepción indianista contrasta con el horizonte ideológico que emergería después, propio de la Ilustración. Perspectiva que se abre camino desde el siglo XVIII, conforme la cual todos los hombres, al margen de cualquier consideración, eran iguales ante la ley. La caridad, la misericordia, el arrepentimiento y la necesidad de absolución de los pecados constituían elementos nutrientes del indiano. Insumos que, en verdad no resultan compatibles con la idea de igualdad ante la ley pregonado por las Luces. Bajo el aliento de la filosofía iluminista se gesta, a contracorriente del paternalista Derecho Indiano, una concepción del hombre menos concreta y más abstracta, menos histórica y más teórica. Los hombres no son muy diferentes unos de otros, esencialmente son los mismos al margen de consideraciones geográficas, culturales o étnicas. Prevalece el universalismo y con él se instaura el principio de igualdad ante la ley.

En el código civil peruano de 1852, en parte ilustrado y en parte tradicionalista, asoma solo un artículo, el 390, que se interesa en los indígenas. Se refiere a un asunto menor y sin trascendencia. Si el indígena falta a una reunión del Consejo de Familia no podrá pagar una multa superior a los cinco pesos. No obstante su nimiedad el espíritu agazapado del Derecho indiano se halla presente. Traza una distinción, en este caso, económica entre el ciudadano común y los indígenas. Este criterio pudo haber sido usado para otras circunstancias de mayor relevancia y como un instrumento común de distinción. No ocurrió ni podía ocurrir: la ideología igualitaria de la Ilustración prevalecía.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Véase DUVE, Thomas. «La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserables* en el Derecho indiano». LOSANO, Mario G. [ed.]. *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano: Giuffrè editore, 2004, pp. 3-33.

<sup>2</sup> LEÓN PINELO, Antonio de y Juan de SOLÓRZANO. *Recopilación de las leyes de las indias*. Libro sexto. Título primero: «de los indios». Título sexto: «de la protectores de indios», [s/l].1680.

<sup>3</sup> Sobre la ideología del Código Civil de 1852, RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo II: «La codificación del siglo XIX: Los códigos de la confederación y el código civil de 1852». Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001. También GUZMÁN BRITO, Alejandro. «El tradicionalismo del Código Civil peruano 1852». *Revista de estudios históricos jurídicos*, Valparaíso, N° 23, 2001, pp. 547-565. Disponible en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552001002300016&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552001002300016&lng=es&nrm=iso)>. accedido en 19 jun. 2017.

El período de la reivindicación constituye una construcción teórica y una apuesta política del siglo XX. Período de redescubrimiento del elemento indígena. Quizás puedan distinguirse dos momentos. La defensa del indígena por terceros, los indigenistas, gente generosa y comprometida que, sin embargo, no pertenecía ni a su etnia ni a su cultura; y, finalmente, la defensa de sus derechos por los propios indígenas.<sup>4</sup>

El redescubrimiento del indio en la literatura y las ciencias sociales de la época, no solo presentaba rasgos favorables, reivindicativos y hasta elogiosos.<sup>5</sup> Asomaban, sin embargo, posiciones contrarias y abiertamente racistas como la de Clemente Palma, hijo del tradicionalista Ricardo Palma.<sup>6</sup> A fines del siglo XIX, Palma sustentó una polémica tesis para optar por el título de bachiller en Letras por la Universidad de San Marcos, *El porvenir de las razas en el Perú*.<sup>7</sup> Para Palma, el indio constituye: «... el elemento étnico constitutivo de la entidad nacional, es la materia prima de nuestra organización social».<sup>8</sup> Aseguraba convencido quien fuera director de la revista *Variedades*: «El indio no tiene aspiraciones; todas ellas se reducen a vivir tranquilo en su comunidad, poseyendo unas cuantas varas de tierra para sembrar papas y coca con que alimentarse y alimentar a sus mujeres e hijos, una botella de ron con qué embriagarse, y nada más; no necesita más».<sup>9</sup> Clemente Palma resume así su torpe tesis: «...la raza india es una raza degenerada y vieja del tronco étnico del que surgieron todas las razas inferiores. Tiene todos los caracteres de la decrepitud y la inepticia para la vida civilizada es enorme».<sup>10</sup>

El siglo XX encuentra, sin embargo, un parentesco con el Derecho indiano en el tratamiento de los naturales: el reconocimiento de las diferencias. Si se había instalado en época decimonónica un igualitarismo irreal, en el siglo XX se afirma una clara distinción del hombre indígena, de su comunidad y de su cultura. Emergen también reflexiones sobre su condición jurídica y su capacidad.<sup>11</sup> ¿El indio es capaz de practicar por sí mismo actos jurídicos válidos? ¿El indígena es plenamente responsable de los delitos que se le imputan? El siglo XX persiste, no obstante, en la ideología civilizadora del indígena, típico rasgo del ochocientos. ¿Por su estado y cultura está acaso eximido de responsabilidad penal? ¿Si el aborígen ha cometido un delito y no ha alcanzado un grado suficiente de civilización se le reducirá la condena?

<sup>4</sup> Sobre este tópico, RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. siglos XIX y XX*. Tomo V. «Los signos del cambio». Vol.2: «Instituciones». Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 207-274.

<sup>5</sup> La tesis de José Antonio Encinas constituye un ejemplo de esa tendencia. Para una visión más general *Vid.* TORD, Luis Enrique. *El indio en los ensayistas peruanos: 1848 - 1948*. Lima: Unidas, 1978.

<sup>6</sup> QUIROZ AVILA, Rubén. *La razón racial. Clemente Palma y el racismo a fines del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Científica del Sur, 2010.

<sup>7</sup> PALMA, Clemente. *El Porvenir de las Razas en el Perú*. Tesis para optar por el grado de bachiller en Derecho. Lima: Universidad Mayor de San Marcos, 1897.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>11</sup> El autor de *La realidad nacional* apuntaba que los temas indígenas interesaban más a los estudiosos extranjeros que a los peruanos. Uno académico de San Marcos sostiene Belaunde con ironía entendía más de la marca alemana y del mir ruso que del *ayllu* precolombino. BELAUNDE, Víctor Andrés. *La vida universitaria*. Lima: Okura Editores, 1917, p. 19.

La recepción del positivismo de Garófalo y de Lombroso inocula nuevos interrogantes. ¿Es el indígena en virtud a sus características físicas o antropológicas un criminal nato? ¿En qué forma las circunstancias sociales han definido o condicionado la criminalidad indígena?

7

## El indígena frente al delito

El influjo del positivismo criminal ya sea antropológico, sociológico o mixto se haría patente en numerosas tesis indigenistas que abordaban aspectos de Derecho penal.<sup>12</sup> La alta tasa de la criminalidad rural, el crecido número de naturales condenados o procesados en las cárceles, así como la discusión sobre la responsabilidad de los aborígenes —por lo general analfabetos y sometidos a servidumbre— serían factores que alentarían la curiosidad de los estudiantes hacia esa temática.<sup>13</sup>

8

En las primeras dos décadas del siglo XX una ola de tesis universitarias en diversos campos de saber dedica su atención a la condición legal del indio. Así, en el año 1909, no en la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos, sino en la de Medicina, Hermilio Valdizan, entonces un promisorio estudiante provinciano, consagraba su tesis de bachiller a un asunto de estricto interés penal *La delincuencia en el Perú (sus factores etiológicos)*.<sup>14</sup> Al año siguiente, en la Universidad del Cuzco, un estudiante de origen puneño, Manuel Frisancho, bosquejaba *Consideraciones sobre el delincuente y su reforma social*, en cuyos párrafos el trasgresor indio no se perfila aun como un producto social específico.<sup>15</sup> Más tarde, en 1919, en Arequipa, Juan M. Marín Lujan sustentaba una tesis de doctor, titulada *Sistema penal indígena*, en la que postula la creación de una colonia penal agrícola en Puno, que sería en todo distinta de la atroz cárcel de Guadalupe en Lima y de otras prisiones del interior, y en la que se incentivarían el estudio y el trabajo de los indígenas que delinquen.<sup>16</sup>

9

Anfiloquio Valdelomar, que se convertiría en fiscal titular de la Corte Superior de Puno y Madre de Dios, y hermano del famoso escritor iqueño, se interesaría precozmente en la criminología y el Derecho penal. Valdelomar —quien, en 1905, se había graduado de bachiller en Derecho en la Universidad de San Marcos con la tesis *¿Es o no justo el aumento de la pena al delincuente habitual?*— entregaría, en el año de 1923, el estudio de corte positivista *La criminalidad indígena en el departamento de Puno. Estadística judicial criminal*.<sup>17</sup> El autor se proponía demostrar la imposibilidad física de los magistrados para atender el enorme número de causas judiciales y propugnaba la creación de una

10

<sup>12</sup> Vid. PRADO UGARTECHE, Javier. *El método positivo en el derecho penal*. Lima: Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria, 2003, pp. 120.

<sup>13</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. siglos XIX y XX*. Tomo V. «Los signos del cambio». Vol.1: «Los repertorios y periodismo». Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005.

<sup>14</sup> Cfr. *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad Mayor de San Marcos*. vol. II, diciembre de 1909. Memoria del Decano de la Facultad de Medicina. Razón nominal de graduados, p. 856.

<sup>15</sup> Archivo Histórico Departamental del Cusco. Tesis universitarias. Manuscrito.

<sup>16</sup> MARIN LUJAN, Juan M. *Sistema penal indígena*. Tesis para optar el grado de doctor en Jurisprudencia y obtener el título de abogado. Universidad del G. P. San Agustín. Arequipa: Tip. Medina, 1919. Folleto de 14 pp. Nuestro ejemplar está dedicado: «a mi inolvidable amigo Emilio Rojas Yáñez, cariñosamente».

<sup>17</sup> VALDELOMAR, Anfiloquio. *La criminalidad indígena en el departamento de Puno. Estadística judicial criminal*. Puno: Tipografía Fournier, 1923. El fiscal superior insiste que los gastos de pesquisa y edición fueron sufragados por el mismo y no por el Estado.

nueva sala y el nombramiento de otro fiscal. Consideraba Valdelomar que los delincuentes de la región no lo eran por perversidad natural, sino que se veían empujados hacia el crimen por fuerzas exteriores, como el hambre y el alcoholismo. Según el fiscal iqueño, la singularidad del indígena altiplánico hacía que los procesos, rituales judiciales y castigos no pudieran ser los mismos que en el resto del país, puesto que se tornaban en inaplicables, ineficaces o, simplemente, absurdos. Anfiloquio Valdelomar narra que los auxiliares de justicia preguntaban de antemano a los indios puneños quien era la persona que habría de firmar por ellos en sus declaraciones, a diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, en Huarochirí, Yauyos y Junín, donde primero se les preguntaba si sabían leer y escribir. El tesista iqueño participa, asimismo, de la idea según la cual «cuando una escuela se cierra, una cárcel se abre».

### El caso del asesino Montes

Un caso de especial relieve es el de Oscar Miro Quesada, joven intelectual de enorme proyección, quien sustentaría hacia 1916 su tesis nominada *El caso del asesino Montes*.<sup>18</sup> Se relata en la tesis con detalle periodístico que el 12 de marzo de 1916, fueron encontrados los cuerpos de los esposos Ibarra muertos en su domicilio de la calle La Condesa; el señor Germán Ibarra yacía en el vestíbulo con el rostro destrozado con un objeto contundente, y la señora Eloisa Pérez, su esposa, en el cuarto de baño, cubierta de cortes a causa de las puñaladas.

A la mañana siguiente la policía del Callao apresó a Alejandrino Montes, joven indígena oriundo del departamento de Junín que junto a su hermanita, trabajaban como empleados domésticos en la casa de la familia Ibarra-Pérez. Alejandrino seguramente asustado por los crímenes que había cometido, huyó. Atrapado, Montes se declaró autor del doble homicidio. Los medios de Lima ofrecieron una cobertura enorme al caso.<sup>19</sup>

Oscar Miro Quesada, joven estudioso de clase alta y premunido de buenas condiciones de estudio, analiza este caso desde el positivismo antropológico de Lombroso. En realidad, Miro Quesada parece no estar interesado en averiguar los verdaderos móviles que impulsaron a Alejandrino Montes a cometer los crímenes. Estaba interesado en el homicida antes que en el delito. Emprende un análisis antropológico, fisiológico y psíquico de Alejandrino, y a partir de esa investigación concluye: «...Montes tiene todas las características psicológicas de los criminales natos, y no vacilamos en clasificarlo en esa categoría de delincuentes».<sup>20</sup> Para Miro Quesada, Montes reunía en sí, todas las características que en la doctrina adjudicaba a este tipo de delincuentes: «...insensibilidad moral, vanidad, irascibilidad, venganza, codicia, hipocresía, imprevisión y mentalidad rudimentaria; son precisamente las características psicológicas de los criminales natos».<sup>21</sup>

<sup>18</sup> MIRÓ QUESADA, Óscar. «El caso del asesino Montes». *Revista Universitaria*. Lima. Semestre II, Volumen II, 1916.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>21</sup> *Ibid.*

11

12

13

Recuerda Miro Quesada, que Montes permaneció una noche entera junto a los cadáveres de los esposos Ibarra. Montes, reconstruyó ante el juez las escenas de su doble asesinato con una tranquilidad y un lujo de detalles, que horroriza al testigo Miro Quesada. *La vanidad*, es otra característica que concurre en Alejandrino, rasgo definido por Lombroso como criterio para identificar a los criminales. «La inclinación a la venganza por las menores causas es consecuencia natural de una vanidad tan desmesurada, es un sentimiento exagerado de su propio valer personal».<sup>22</sup>

Agrega el testigo Miro Quesada otras características señaladas por su maestro Laurent como rasgo de la criminalidad: «Hipócritas y crueles. Perezosos, embusteros, poco inteligentes y ligeros, los criminales son también muy vanidosos», que en su libro *Filosofía penal* señalaba: «...dos rasgos psicológicos, caracterizan a los criminales, cualquiera que sea la categoría a que pertenezcan a los criminales: la insensibilidad moral y la imprevisión: añadamos a estas una inconmensurable vanidad».<sup>23</sup>

Miro Quesada llevaba a cabo una operación muy común en el campo de la transferencia cultural y, bastante extendida en el campo del Derecho, una recepción jurídica. Circulaba, en este caso, de modo consciente una teoría: la del positivismo antropológico conforme a las tesis de Lombroso y se le aplicaba a circunstancias locales. Esta operación, sin embargo, no era aséptica o químicamente pura. No se trata exclusivamente de un asunto técnico y neutral. El artífice de esa importación jurídica estaba dotado de cultura, pero también de prejuicios sociales y raciales, tanto como la comunidad ilustrada a la que dirigía su discurso. Un concepto crucial como el de peligrosidad se asociaría desde entonces, probablemente hasta nuestros días, casi de modo natural con población indígena y también, si bien este no fue el propósito de Oscar Miro Quesada, con el segmento afroperuano. En rotunda frase de Borges, «En 1517 el P. Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas».<sup>24</sup>

## El positivismo sociológico de José Antonio Encinas

En una posición totalmente opuesta se encuentra la tesis del pedagogo puneño, José Antonio Encinas y futuro rector sanmarquino, *Las causas de la criminalidad indígena*, que fuera defendida en la Universidad de San Marcos en 1917, la que abriría oficialmente el derrotero en la materia. Se trataba de un trabajo forjado por un estudioso intelectualmente maduro. En efecto, Encinas, nacido en Puno en 1888 y fallecido en Lima en 1958, preparó su tesis de bachillerato cuando frisaba los

<sup>22</sup> Véase LOMBROSO, Cesare. *L'homme criminel. Etude anthropologique et psychiatrique*. Vol. I. París: Félix Alcan, 1895, pp. 402-403-438; LOMBROSO, Cesar. *Los criminales*. Barcelona: Centro Editorial Presa, p.55. El paciente "cero" de Lombroso fue también un campesino de los Alpes. En agosto de 1864, Lombroso examina el cráneo trepanado de Giuseppe Villella, un ladrón condenado al que le descubre una depresión en la fosa occipital media, convirtiéndose en su paciente cero.

<sup>23</sup> MIRÓ QUESADA, Óscar. Op. Cit., p. 275.

<sup>24</sup> BORGES, Jorge Luis. *Historia universal de la infamia. Historia de la eternidad. Ficciones*, Buenos Aires: Emecé Editores, 1965, p. 17.

treinta años, poseía los títulos de normalista y de bachiller en Letras y era ya docente en la Escuela Normal de Lima y en diversos planteles particulares.<sup>25</sup> Venía, además, de editar varios periódicos: *Educación* (Puno, 1908), *El Amigo de los Niños* (Puno, 1910), *Juventud* (Lima, 1912) y *Germinal* (Lima, 1918). No era tampoco la primera vez que Encinas se acercaba a la temática indígena. En su ciudad natal, había publicado el ensayo *Educación del indio* (Puno, 1908) y, ya en la capital, brega contra el expendio de alcohol a los aborígenes.<sup>26</sup> En las décadas posteriores, Encinas no abandonaría su lucha por los intereses de los indígenas, que se canalizaría a través de sucesivos pronunciamientos en el Parlamento y en artículos en revistas y periódicos.<sup>27</sup>

Las reflexiones de Encinas acerca de la secular postergación educativa del indígena y sobre los devastadores efectos psicológicos y neurológicos del alcoholismo constituirían igualmente las columnas de su tesis sobre la criminalidad de los aborígenes. Encinas exalta la importancia de los componentes anímicos, la pobreza y la odiosa explotación de que los indígenas eran víctimas, hecho que lo distancia de quienes, bajo la influencia de las tesis del criminal nato, buscaban una explicación al problema centrada en los factores raciales. La tesis, que Encinas sustenta el 12 de octubre de 1917, estaba dedicada, elocuentemente, «a mis hermanos». Esa simpatía con la raza indígena no le impedía, sin embargo, haber emprendido su estudio «con toda la imparcialidad necesaria» ni haberse alejado de «los apasionamientos y de las fórmulas estrechas de concepto».<sup>28</sup>

La tesis de Encinas se organizaba en dos partes. La primera abordaba las causas de orden social de la criminalidad indígena. La segunda parte, que el autor propone como una «contribución a la ciencia criminológica nacional», contenía un elenco de observaciones estadísticas. Encinas, influenciado por el positivismo social, procuraba, mediante el empleo de pruebas fácticas, arribar al diseño de las reformas necesarias. A lo largo de la monografía, el estudioso marca un inequívoco deslinde con el molde lombrosiano y aboga por un enfoque centrado en los datos sociales y culturales.

Entre las razones que Encinas esgrime para justificar su tesis desfilaban: 1) el mayor porcentaje de presos indígenas en las cárceles; 2) la necesidad de explicar ese fenómeno y de identificar los factores que lo modifiquen; 3) el hecho de que la legislación penal positiva prescindiera de los datos sociológicos y etnológicos; y 4) el valor práctico del estudio, dado que, según afirma, «la población indígena es numerosa».<sup>29</sup> En la primera parte del trabajo, Encinas rebate una a una las «teorías filosóficas» –tal es su expresión– de los criminalistas más leídos de entonces: Garófalo y su teoría del sentido moral;

<sup>25</sup> La producción de Encinas ha sido listada por Alicia Caballero en *Anuario Bibliográfico Peruano, 1958-1960*. vol. XIII. Lima: Biblioteca Nacional, 1964, pp. 477-485. Apuntes biográficos sobre el educador puneño pueden verse en SANCHEZ LIHON, Danilo. *Encinas, maestro del Perú profundo. Serie: Grandes Educadores Peruanos*. Lima: Derrama Magisterial - Centro Cultural Encinas, 1999.

<sup>26</sup> Véase ENCINAS, José Antonio. *El alcoholismo en la raza indígena*. Conferencia ofrecida en la Facultad de Ciencias de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima: La Opinión Nacional, 1914.

<sup>27</sup> Véase, entre otros, los artículos periodísticos de Encinas: «Educación del indio». *Amauta*, año IV, N.º 32, agosto-setiembre de 1930, pp. 75-79; «Valores espirituales de la raza». *La Crónica*, V suplemento en homenaje al Cuzco, domingo 25 de febrero de 1934, pp. 13-15, Lima; «El indio artista, conquistador y organizador». *La Crónica*, Lima, 23 de marzo de 1934, pp. 20-21, 23.

<sup>28</sup> ENCINAS, José Antonio. *Causas de la criminalidad indígena en el Perú. Ensayo de psicología experimental*. Publicación acordada por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima: E. R. Villarán, 1919, p. 5.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 6.

18

19

20

Fouille, impulsador de la teoría del contrato; Letourneau, exponente del evolucionismo jurídico y criminológico; Tarde y su doctrina adaptativa; Fen, defensor de la tesis de la degeneración mental del delincuente; y, naturalmente, Lombroso y las corrientes deterministas. Con destreza, Encinas cuestiona la aplicación mecánica y servil de esas posiciones en el análisis de la criminalidad indígena. Así, frente a las teorías de Garófalo, el educador e higienista altiplánico anota que mal podría acusarse a los indios de «falta del sentido moral»; por el contrario, afirma, ellos lo poseen «dentro de su medio social y aún fuera de él», como lo demuestra el espíritu de solidaridad que se observa entre los indígenas.<sup>30</sup>

Encinas censura a la teoría del contrato de Fouille como insuficiente para explicar al indio criminal y sostiene que debería, más bien, atenderse al «ambiente social odioso que le rodea y para quien las leyes mismas le son ajenas e injustas».<sup>31</sup> Cuestiona, sin más, los postulados del evolucionismo unilineal, propugnados por Letourneau, según los cuales la raza indígena andina se ubicaba en un estado de «moral bárbara», lo que explicaría una suerte de tara criminal constitutiva, fundada en el atavismo. Según Encinas, bastarían las leyes penales dictadas por los incas para desacreditar esas afirmaciones.

Mayor atención dispensa el estudioso sanmarquino por combatir el determinismo y el libre albedrío puros. Encinas –que abraza sobre el particular un evolucionismo dinámico y multilineal– afirma que el indio no ha alcanzado el libre albedrío ni, en consecuencia, ha arribado al dominio de la conciencia moral:

¿Cuál es –se pregunta– el grado de moralidad del indio? ¿Es el que nosotros poseemos? ¿Es la moral de su raza? ¿La regulan las leyes escritas, las tradiciones de su raza, o simplemente obedece a motivos externos e internos más o menos estables? [...] Hay que buscar el problema de la moralidad indígena en el proceso lento de su conciencia a través de las edades históricas de su raza, desde la época tribal hasta la organización del Imperio incaico, desde esta época hay que ver un descenso a través del coloniaje y de la república.<sup>32</sup>

Para Encinas, era indispensable volver a los principios de orden moral alcanzados en el Perú antiguo. José Antonio Encinas llega a establecer analogías entre la moral incaica y la moral cristiana, a saber, solidaridad, fortaleza del régimen familiar y exigencia de la virtud. El cristianismo, a su juicio, solo trajo las fórmulas de un culto nuevo, mas no un nuevo concepto de moral. Tampoco remedió la ausencia de libertad de que adolecía la organización social incaica ni libero al indio de las antiguas idolatrías. Antes bien, la dominación colonial había extinguido el desarrollo espiritual alcanzado por la raza india en 1532:

El indio –asegura Encinas– necesitaba mayor libertad y le trajeron la esclavitud de las encomiendas, de las mitas. Necesitaba más pureza en sus ideas religiosas y solo le brindaron prácticas y creencias que le alejaban de su antiguo control religioso. Tal contraste produjo en el alma indígena una degeneración nerviosa que explica su actitud

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 8.



moral; híbrida, de fuertes con trastes, que determinan un buen porcentaje de los delitos, siendo estos hechos, sólido fundamento a la teoría del libre albedrío.<sup>33</sup>

Encinas arriesga, pues, una posible causa psicológico-reactiva: la depresión, que se trasluce del apagado estado anímico que se suele observar entre los indios. Recordemos que el componente psicológico en la criminalidad indígena era uno de los tópicos del periodo. Y aún se da tiempo el investigador y pedagogo puneño para examinar la validez del determinismo criminológico y la doctrina de las «ideas fuerza». Según los voceros de dicha escuela, al no encontrar freno interno ni externo, eran las pasiones las que arrastraban al indígena hacia la comisión de los delitos. Encinas replica que la base sustancial de esa doctrina es el principio de la libertad. El indio peruano adolece de una ignorancia indiscutible y de una inercia afectiva que son consecuencia de su estado de sometimiento y marginación. Faltarían, pues, condiciones sociales concretas para la formación de esas «ideas directrices» que se precisarían para conducir al espíritu del indio hacia motivos superiores: «...la madre del Derecho –dictamina– es el ideal de una voluntad libre y desinteresada».<sup>34</sup> Y culmina lúcidamente: «...sin elementos de cultura, sin agentes que hagan su vida más autónoma, no es posible sostener que una idea fuerza sea capaz de controlar la acción directa, eficaz determinante, que en el medio social se opera contra el indígena».<sup>35</sup>

Encinas discute, asimismo, la teoría criminológica de la adaptación, impulsada por Tarde, según la cual el criminal constituía una categoría especializada, análoga a la del militar o a la del clérigo, es decir, creada por las condiciones sociales y que, a su vez, determinaban un modo específico de actividad. Aunque se muestra algo más favorable a esta corriente, Encinas introduce algunos matices:

[...] el indio tiene alrededor de su existencia un medio social tan adecuado a desequilibrios del espíritu que cualquiera acción del medio le produce reacciones más o menos violentas. No es que el indio -anota- sea adaptado al medio social que le rodea; es más bien, un tipo que contrata con ese medio produciendo en él el grado de criminalidad, aquel contraste entre sus intereses y los de la sociedad, que le es odiosa bajo todo punto de vista.<sup>36</sup>

Encinas insiste que la criminalidad indígena no puede explicarse sino por causas sociales y, en primera fila, por el alcoholismo y la ignorancia. Si el indio es un criminal orgánico, argumenta, lo es obedeciendo en gran parte a la terrible influencia de un medio social del cual no puede sustraerse. Acusar al nativo de «inepto» o contemplarlo como ejemplo de una lamentable inferioridad biológica es, para Encinas, incurrir en un grave error. Si alguna degeneración existe, esta es psíquica y física. En esa dirección, rescata una vez más la antigua normativa incásica, en la que encuentra los ideales de rigor y de elevación espiritual. El estudioso puneño ligaba, pues, en su argumentación, el aspecto historicista y el discurso reivindicativo de los indigenistas: rigidez, «solidaridad de la raza», devoción

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 11.

26

27

28

29

al trabajo.<sup>37</sup> Las ideas del antropólogo alemán Heinrich Cunow y los comentarios del historiador inglés William Prescott en torno a la simpleza y efectividad de las leyes incaicas encuentran cabida, de esta manera, en la tesis de Encinas.

La primera parte de la tesis *Las causas de la criminalidad indígena* se cierra con largos párrafos en los que los datos empíricos son contrastados con las categorías lombrosianas: insensibilidad moral; suicidio; vanidad, venganza y crueldad; factores climáticos; determinantes somáticas, etc.<sup>38</sup> Encinas dedica luego varias páginas a describir los efectos perniciosos del alcoholismo, que ocupa uno de los primeros lugares en la etiología de criminalidad en el indio. Por otro lado, las recomendaciones metodológicas del positivismo experimental eran acogidas vigorosamente en la segunda parte de la tesis. Como hemos visto, en la preparación de su tesis, el educador puneño emplearía intensamente la técnica de las entrevistas para lograr establecer, sobre la base de las opiniones de los encarcelados, un diagnóstico más preciso de los actos delictuosos.<sup>39</sup> Asimismo, ofrece cuantiosa información estadística, compendiada en gráficos, en los que se trazaba las tendencias criminales entre los penitenciados indígenas en las cárceles del Perú entre los años de 1870 y 1895.

En provincias, el interés por la antropología criminal fructificaría en varias tesis que tienen al indio como tema de estudio. Muestra de lo dicho es la tesis del estudiante de origen piurano Manuel I. Cevallos, *La función represiva y la criminalidad indígena ante la influencia de los factores mesológicos*, sustentada en la Universidad de Trujillo en 1920 y publicada en la misma ciudad y año en forma de opúsculo.<sup>40</sup> El trabajo, de 24 páginas, está pensado en términos sociológicos e intenta explicar, a partir de la miseria y el alcoholismo, la reiterada comisión de delitos por parte de los indígenas en la sierra norte. La matriz científica sitúa al estudio de Cevallos como una valiosa fuente de antropología cultural y de criminología histórica. En Arequipa, ya en fase más tardía, hacia 1943, Orestes Zegarra Salas se aboca a un asunto de veras inesperado en la tesis *Hechiceros-curanderos y su actividad delictiva*.<sup>41</sup>

## Jurado criminal para indígenas

La relación entre el juez y el gamonal queda también graficada con dramatismo. Por su parte, preguntaba el diputado Osoreo ¿cuál es la condición de los jueces de provincia? Y relata al

<sup>37</sup> En un pasaje crucial, Encinas, aun bajo el influjo del evolucionismo antropológico, anota: «En el imperio, el indio era el factor necesario, el eje alrededor del cual giraba toda la actividad económica, social y política de los incas. Regidos por una legislación rigorista, habían de amoldar su espíritu a una mecánica cuyo resultante era la solidaridad de la raza y del Estado. En todas las manifestaciones de la vida incaica el indio era el directo partícipe; no existan exclusiones odiosas ni aun entre sus mismo vencidos. Su régimen económico buscó y encontró una democratización sui generis. El esfuerzo individual estaba caracterizado por una mutua compensación entre la colectividad y el individuo» (*ibidem*, p. 12). Encinas, que combate aquí las tesis criminológicas de Fere, insiste en que, si hay en el indio delincuente alguna degeneración de orden biológico, ella no es sino «desgaste nervioso, producto de aquel régimen que no solo le es indiferente sino odioso en alto grado» *Ibid.*, p. 12.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 13 y ss.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 45-74.

<sup>40</sup> CEVALLOS, Manuel I. *La función represiva y la criminalidad indígena ante la influencia de Los factores mesológicos*. Trujillo: Tipografía Americana, 1920.

<sup>41</sup> Un balance bibliográfico, RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho civil peruano*. Tomo V, vol. 2. Indigenismo jurídico.

pleno «...verdaderamente triste [...] en los distintos pueblos donde dominan [los] gamonales, e inmediatamente surge la lucha, el predominio que el gamonal quiere imponer al juez, como también lo impone al subprefecto y el cura. En esa lucha resulta que en la mayor parte de las veces el juez, por la necesidad, por el hambre, por las influencias de tal o cual género, queda casi siempre a la disposición del gamonal». <sup>42</sup> A Osoreo le asombraba el número excesivo de indígenas que están encerrados el Panóptico. <sup>43</sup>

Otro aspecto que vincula al indigenismo penal es la configuración del jurado. Así, a fines de 1919 la Asamblea Nacional iniciaría el debate para la aprobación del Código de Procedimientos en Materia Criminal, cuyo libro cuarto incluía el jurado en materia criminal. Se discutió la posibilidad de instaurar el jurado como una forma de justicia para los indígenas. <sup>44</sup>

33

El artífice de la reforma procesal penal, Mariano Cornejo, presidente de la Asamblea, consideraba, refiriéndose al Código de Enjuiciamientos Penales de 1862, que si la raza indígena llegara a realizar una revolución reivindicadora: «Debería comenzar por destruir y por quemar ese Código, en cuyo nombre el fariseísmo de la justicia había cometido iniquidades que apenas puede concebir el cerebro». <sup>45</sup> Agregaba el orador leguista: «Debería la raza indígena romper ese Código con la misma sublime indignación con que el último de sus gloriosos soberanos arrojó los evangelios, en cuyo nombre el fariseísmo religioso vino a ofrecerle la esclavitud, el tormento y la muerte!». <sup>46</sup>

34

Víctor M. Maúrtua, quien compondría el código penal de 1925, relataría que durante sus estudios universitarios, Miguel Antonio de la Lama y Emilio del Solar, le expondrían las ventajas del jurado. <sup>47</sup> No obstante la prédica de sus maestros de Procedimientos Judiciales, como entonces se llama al curso de Derecho procesal, el también diplomático al ejercer la profesión de abogado, notó las enormes dificultades que tenía la aplicación de las leyes más sabias en pueblos de «rudimentaria cultura general». Advirtió entonces Maúrtua que el problema era cuestión de geografía, de historia y de educación pública. Lo que lo disuadía a proponer la implantación del jurado en el Perú. <sup>48</sup>

35

Maúrtua, en verdad, recordaba emocionado las conferencias que contra el jurado dictó Enrico Ferri, entre junio y octubre de 1910, en la Universidad de la Plata. Había quedado convencido de su inconveniencia. <sup>49</sup> Para Maúrtua el jurado suscitaba «resoluciones pasionales», «fallos políticos» o «fallos empírico». Pensaba el criminalista que solo los gamonales, los caciques, los ricos y los políticos se beneficiarían con el jurado. <sup>50</sup> Recordaba a unos pobres indígenas de Puno, que habían

36

---

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> AGC. Archivo General del Congreso. *Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919*. Sesión de jueves 11 de diciembre de 1919. Segundo volumen. Lima, 1919. Sesión del jueves 11 de diciembre de 1919.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Cfr. Ibid.*

<sup>48</sup> *Cfr. Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

visitado su escritorio profesional a fin de que como presidente de la Asociación Nacional Pro-indígena, los ayudara contra los gamonales de aquel departamento.<sup>51</sup>

Encinas tras describir las terribles condiciones de vida de los indígenas, cuestiona al señor Maúrtua que coherente con su credo liberal, socialista y el supuesto amor profundo por la raza indígena, debía estar a favor de la reforma del Código de Procedimientos Penales y con ello del jurado.<sup>52</sup> Maúrtua, que estimaba necesaria una reforma procesal, refutó inmediatamente: «...por el gran sentimiento de justicia que tengo por la raza indígena, quiero para ella el principio de justicia tal como la entiende un buen juez no como la entienden los que especulan con las creencias populares».<sup>53</sup> Encinas retruca a Maúrtua y le pregunta si no advierte que los jueces en su mayor parte son enemigos del jurado de la raza indígena. Estaban atacados por la «fiebre del latifundismo».<sup>54</sup> Finalmente, Encinas sostiene:

...en las *Causas de la criminalidad indígena*...traté de demostrar que el mayor porcentaje de los crímenes cometidos por los indios, de ninguna manera respondían a una tara de carácter antropológico, sino que obedecía a la influencia del medio social, es decir, son delincuentes mesológicos. Si nosotros aceptamos[ello] tenemos que llegar a la conclusión de que nuestro Código, tiene que ser deficiente para juzgar esta clase de crímenes que son producto del medio completamente odioso al indio; donde se les roba sus tierras, su trabajo, se les esquilma y asesina. Cuando un individuo vive en un medio odioso escapa a toda fórmula legal para llegar a las *formulas del sentimiento* y sabe el señor Maúrtua que la base fundamental del jurado es la *fórmula del sentimiento* sobre la fórmula legal, y entonces en el Perú, especialmente refiriéndose a la raza indígena, tenemos que aceptar el jurado.<sup>55</sup>

La propuesta de jurado de Mariano Cornejo exigía una serie de requisitos para integrarlo, como tener alguna profesión, saber leer y escribir, con lo que de haberse adoptado el jurado en materia criminal, en realidad, los indígenas no habrían encontrado tanta representación como se pretendía, pues la mayoría no sabía leer y escribir. Y la idea de ser juzgado por sus *pares* no se vería del todo materializada.<sup>56</sup>

## El indígena en los códigos del Perú

El indígena no solo es el gran ausente en las constituciones decimonónicas, también es una figura fantasmal en los códigos del siglo XIX. El hecho que figure aisladamente en alguno de ellos no hace sino confirmar la regla. Así, el código santacruciano de 1836 –que rigió para La Confederación Perú-boliviana– reconocía en el artículo 467° una forma de testamento especial: el testamento indígena.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Proyecto del Código de Procedimiento en Materia Criminal. Presentado por la Comisión parlamentaria al Congreso.* Lima: Imp. Del Estado, 1916, artículo 377.

Prescribía la norma: «A los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones, concede la ley el privilegio de hacer sus testamentos por palabra, o por escrito, con solo dos testigos vecinos».<sup>57</sup>

Ya en 1915, el Congreso por Ley N°2101 del 28 de enero nombró una comisión, integrada por el internacionalista y diplomático, Víctor M. Maúrtua, Wenceslao Valera, A. Sousa, Gerardo Balbuena y el profesor sanmarquino Plácido Jiménez. La tarea de esa comisión consistía en componer un nuevo Código Penal y otro de Procedimientos penales. Se designó como ponente de la misma a don Víctor M. Maúrtua. El proyecto se terminó de redactar, se pidió su aprobación el 1 de octubre de 1916,<sup>58</sup> sin embargo, el dictamen que propuso su entrada en vigor el 18 de marzo de 1918,<sup>59</sup> no se discutió en el Congreso. De manera, como es muy común en el Perú, el proyecto quedó paralizado.

El proyecto de 1916 ya emprendió la distinción sistemática entre salvajes y semicivilizados que, finalmente, se acogería en el Código Penal de 1924. En el artículo 67° ya se trataba de los salvajes, a los que ciertamente se identificaba con los indios selváticos o amazónicos: «Tratándose de delitos perpetrados por *salvajes*, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y prisión por la colocación en una *colonia penal agrícola*, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años...».<sup>60</sup>

En el artículo 68 del proyecto de 1916 se estableció, por otro lado, la condición de los “indígenas semi-civilizados degradados por la servidumbre y el alcohol”: «Tratándose de delitos perpetrados por indígenas *semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo*, 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 62...».<sup>61</sup>

Después de cinco años de abandono, los trabajos legislativos para contar con un nuevo Código Penal se retomarían en el segundo gobierno de Leguía. Por Ley N° 4460 de 30 de diciembre de 1921 se nombró otra comisión para elaborar un nuevo Código Penal. A dicha comisión se integró también Víctor M. Maúrtua, quien sería su principal impulsor. Se dudaba en ocasiones que Víctor M. Maúrtua fuera el principal artífice del Código Penal de 1924 y, en consecuencia, de la redacción de los artículos 44 y 45 que regulaba la condición penal de los salvajes y semi-civilizados. Así, un joven investigador del Derecho internacional público, Luis Yopez Cuadros, en una conferencia reciente, sostuvo que «Maúrtua era un abogado dedicado al Derecho Internacional y que encargó la elaboración del Código Penal, a Jiménez de Asúa».<sup>62</sup>

Luis Jiménez de Asúa, en más de una ocasión se había referido a la obra legislativa de Maúrtua. En su libro *El estado peligroso* atacó el proyecto de 1916: «En su técnica general es, en mucho, inferior

<sup>57</sup> *Código Civil de Santa Cruz, del Estado Nor-peruano*. Lima: Imprenta de José Masías, 1936, artículo 467°

<sup>58</sup> *Dictamen de la Comisión Principal de Legislación en el Proyecto de Código Penal*. Lima 1 de octubre de 1916.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, artículo 67°.

<sup>61</sup> *La reforma del Código Penal. Proyecto de 1916 presentado a la Cámara de Diputados*. Lima: Imprenta y Librería de San Pedro, 1918, pp. 28-29.

<sup>62</sup> YEPEZ CUADROS, Luis. *Aportes de Alberto Ulloa Sotomayor al Derecho Internacional*. Conferencia en la Facultad de Derecho Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 24 de setiembre de 2016.

al argentino, y ni siquiera llega al mexicano en el asunto de medidas aseguradoras». <sup>63</sup> Hacia el año 1921, durante la primera estancia en Lima del criminalista español, con motivo del centenario de la Independencia, conoció al diputado Aníbal Maúrtua, abogado y sobrino del reformador peruano, quien le contó que a raíz de las críticas recibidas por Jiménez de Asúa en *El estado peligroso* su tío había puesto gran empeño en mejorar su obra legislativa. «Por intermedio de su pariente, Aníbal Maúrtua, conoció el autor del Proyecto mi juicio, demasiado severo y superlativamente injusto, a que antes hice referencia y que se halla en las páginas de mi libro *El estado peligroso*». <sup>64</sup> Agrega luego el estudioso español: «Estas frases produjeron primero en el doctor Víctor M. Maúrtua una impresión penosa, y, luego, un deseo de superación. El inteligentísimo peruano consultó los nuevos documentos legislativos y los más recientes trabajos científicos, construyendo sobre su labor primera una capa de más audaces instituciones». <sup>65</sup>

«Querido Maúrtua—recalca Jiménez de Asúa— por los Comisionados del año 1921 modificó su proyecto intercalando numerosas reformas, entre las que merecen recuerdo, por ser las más destacadas: la introducción de un título sobre condiciones de culpabilidad; el aumento de atenuantes como la ignorancia de hecho y de derecho; la creación de una medida asegurativa contra los bebedores de hábito, y de la relegación absolutamente indeterminada para los delincuentes incorregibles; la mejora del título sobre menores, acentuando el carácter educativo y protector del tratamiento propuesto; y el perfeccionamiento de los títulos de aplicación judicial de las penas y del régimen de la prisiones». <sup>66</sup>

La crítica de Asúa había causado en Maúrtua aflicción, pero también ansías de progreso intelectual. Quizá por eso el propio Maúrtua le envía el Código Penal de 1924 a Jiménez de Asúa. Al respecto Jiménez recuerda, antes de su ostracismo sudamericano:

Un día, en mi casa de Madrid, recibí, enviado por Maúrtua con amable amistad, un ejemplar del Código — cuyo proyecto él redactó— que acaba de entrar en vigencia. Mi sorpresa fue superlativa. El Código — que se fundaba en las esencias del Proyecto de Maúrtua— era una ley moderna, hasta atrevida en ciertas materias, de orientación y técnica correctas, que estaba muy distante de inspiraciones en las envejecidas e infecundas doctrinas francesas. <sup>67</sup>

El jurista republicano había pasado del rechazo a la admiración. Parece que eso se debió más que a afectos personales, una vez que cosechó amistades en Lima, que a consideraciones de orden científico. Por otro lado, nada indica que Jiménez de Asúa tuviera injerencia en la elaboración del proyecto de Código Penal peruano.

El periodista puneño Federico More con estilo zumbón relataba: «En fecha determinada. Maúrtua tenía que entregar su anteproyecto para el Código Penal. Pero se le pasaron los días. Y una

<sup>63</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El estado peligroso*. Madrid: Reus, 1920.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 40.

46

47

48

49

50

tarde, llamó a Félix del Valle, lo hizo sentarse ante la máquina de escribir y, en una noche, le dictó lo que es, todavía, el Código Penal que, con ligeras modificaciones, rige en el Perú. El chino Valle siempre decía: ¿Maúrtua penalista?...Vamos, hombre...Pena lista, siempre». <sup>68</sup> More no niega, dicho sea de paso un periodista siempre informado, que Víctor M. Maúrtua fuera el autor del código, solo pone en cuestionamiento la especialidad del artífice.

El penalista más importante de la época, Manuel G. Abastos, miembro con Luis Alberto Sánchez, Jorge Basadre y José Carlos Mariátegui de la generación del Centenario, no dudó en proclamar: «Maúrtua fue autor exclusivo de la reforma penal. Su ponencia parlamentaria de 1916 tímidamente influida por el anteproyecto suizo de 1915 (...) Con mejor propósito reformista su proyecto de 1921, más directamente inspirado en los anteproyectos suizos de 1916 y 1918, incluye instituciones y resortes de política criminal omitidos en el anterior». <sup>69</sup>

A su vez, Julio Altmann Smythe, historiador del Derecho penal, aseguraría: «El proyecto de Maúrtua de 1916 —de tipo neoclásico— había recibido una radical transformación. Su autor, durante su estadía en el viejo mundo, tomó conocimiento de varios anteproyectos de códigos penales europeos». <sup>70</sup>

José Hurtado Pozo advierte, a su vez, que Maúrtua se esforzó por elaborar un código no alejado de la realidad nacional. Esto ocurrió de dos maneras: «La primera consiste en el cuidado que tuvo, de no tomar automáticamente toda disposición extranjera. (...) 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 de un intento sin precedentes en la legislación republicana. (...) En el Código Penal, Víctor M. Maúrtua incorporó, en primer lugar, una medida de seguridad destinada a un grupo de personas que denomina “salvajes” (artículo 44°). En segundo lugar, considera a los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo como imputables relativos (artículo 45°)». <sup>71</sup> Hurtado Pozo, agrega: «La preocupación de Maúrtua respecto a los indígenas y nativos de la selva no es una actitud aislada sino más 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 Gonzales Prada, uno de sus más brillantes iniciadores y propulsores». <sup>72</sup>

Hurtado Pozo, entendido en los procesos de recepción, apunta: «Las disposiciones que elaboró respecto a los “indígenas semi-civilizados” 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

<sup>68</sup> MORE, Federico. *Andanzas de Federico More*. Lima: Navarrete, 1989, p. 239.

<sup>69</sup> ABASTOS, Manuel. «El delincuente en el Código Maúrtua». *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año II, N° 1, 1937, p. 8.

<sup>70</sup> ALTMANN SMYTHE, Julio. *Reseña histórica de la evolución del Derecho penal. Con conclusiones sobre la futura política criminal del Perú*. Lima: 1944, p. 246.

<sup>71</sup> HURTADO POZO, José. *La Ley “importada”. Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: CEDIS, 1979, pp. 67-68.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 79.

51

52

53

54

similitud de su concepción con aquella que inspiraba a las diferentes asociaciones de carácter altruista creadas oficial y extraoficialmente». <sup>73</sup>

Conviene comentar que el 25 de junio de 1919 la Sociedad General de Prisiones de Paris examinó y discutió el Proyecto de Código Penal elaborado por el doctor Víctor M. Maúrtua. Maúrtua quien estaba en ese momento en Paris, participó en este debate. Se discutió ampliamente en el debate el sistema de penas adoptado por Maúrtua. En la asamblea se cuestionó de benigno y demasiado indulgente sistema de penas adoptado, se habló también de la sustitución de penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola, regulado precisamente en el artículo 67 y 66 del proyecto de 1916 y artículo 44 y 45 del Código Penal de 1924. <sup>74</sup> Maúrtua justifica el sistema de penas sobre la base de una explicación antropológica. Recordemos que se le había reprochado que su proyecto contuviera penas muy benevolentes:

La duración de las penas, en nuestro proyecto, es mayor que la señalada por la legislación actualmente en vigor, aún cuando comparada con la de otras legislaciones puede parecer demasiado benigna. Esto último obedece a necesidades de nuestro medio. Nuestro país se compone de poblaciones *quichuas*, mezcladas a los conquistadores españoles únicamente en las regiones próximas a las costas. La mayor parte del pueblo es indígena. Su carácter es dulce, su constitución moral no exige represiones severas y prolongadas. Entre los delincuentes no domina la nota de la depravación ni la del peligro permanente de los agentes refractarios. Se puede explicar así la orientaciones adoptada en la escala de nuestras penas privativas de libertad. <sup>75</sup>

Maúrtua estaba, pues, convencido que la población indígena era de carácter dulce y que no correspondía un sistema punitivo severo y prolongado. Bajo esta concepción debe entenderse la iniciativa suya para incluir en su Proyecto de código penal a «salvajes» y «semi-civilizados» para referirse a los indígenas. No era desprecio, sino humanitarismo. Como vemos fue en el Código Penal de 1924 en el que el indigenismo halló mejor carta de residencia. Curiosamente, de un modo harto polémico. El código cristaliza ese reconocimiento a la especificidad de lo indígena y es la primera norma de Derecho penal moderno que inicia ese camino en el Perú. El Código Penal de 1862 carecía de normas que se ocupasen de los indígenas. <sup>76</sup> El artífice Víctor M. Maúrtua concibió dos situaciones diferentes. Una era la condición de los salvajes, esto es, los indígenas de origen amazónico que, en la concepción evolucionista que abrazaba el estudioso, habrían tenido menor contacto con la civilización (artículo 44). Sin duda la norma estaba animada por un concepción

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>74</sup> Acta de sesión de 25 de junio de 1919. La Sociedad General de Prisiones de Paris examinó y discutió el Proyecto de Código Penal elaborado por Maúrtua, quien intervino en el debate. *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos Año II, N° 2.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 83-84.

<sup>76</sup> El artículo 445 del Reglamento de Tribunales de 1836 exoneraba a los indígenas del pago del carcelaje: «Los indígenas, los detenidos arbitrariamente y los que por razón de su trabajo, no pueden ganar más de dos reales diarios, no pagaran carcelaje...». Adoptando así una norma favorable a los indígenas, aunque en la práctica no se cumpliera. *Reglamento Orgánico de los Tribunales y Juzgados del Estado Nor-peruano*. Lima: Imprenta de Eusebio Aranda, 1836, p. 63.



modernizadora militante y sin fisuras muy de época, que no se detiene en lo más mínimo en el reconocimiento de su cultura, su identidad o sus costumbres. El objetivo no deja dudas «su asimilación a la vida civilizada y a la moralidad lo hacen apto para conducirse». No hay mejor escenario que el de la civilización occidental. Y ese debería ser el destino ideal, después de un difícil proceso, donde los salvajes infractores deben conducirse.

Respecto del criterio abstracto que prevaleció durante el siglo XIX hay un detalle nuevo: el reconocimiento de la condición especial del indio. El salvaje infractor no va a una cárcel común, sino a una colonia penal agrícola. Aún así el tiempo fijado es extraordinariamente alto: «...por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años». Su libertad está supeditada a su gradual asimilación a la vida civilizada. El reglamento que regiría las condiciones de vida de los salvajes que fueron instalados en la colonia penal pretende adaptarlos: «...en el menor tiempo posible al medio jurídico del país». También en el artículo 45 que se ocupaba de los «indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo» se establecía que «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, según la cual podía sustituirse las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación más benigna en una *colonia penal agrícola* por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito.

Los artículos 44° y 45° utilizaba los términos: «salvajes», «semicivilizados», partiendo estas denominaciones de la idea preconcebida de que lo «civilizado-occidental» es diametralmente antagónico a lo indígena. Se infiere de estos artículos que la clasificación de los agentes según su grado de cultura sigue el camino y la dirección de la «conversión» desde el salvajismo-estadio inferior. Desde la infancia del género humano hasta la madurez de los «ciudadanos occidentalizados». De allí que resulta que la pena propiamente sería únicamente aplicable al hombre civilizado. José Hurtado Pozo ha comentado sobre el particular:

En cuanto a la terminología empleada a la escala progresiva establecida (salvajes, semi-civilizados 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 semi-civilizados, es la de los bárbaros que se encuentran en un estado de evolución intermedio entre el origen y la modernidad.<sup>77</sup>

En una línea de acerba crítica Tamar Herzog, ha sostenido: «La elite peruana habría adoptado una misión civilizadora frente a la cultura indígena denostada como bárbara, no obstante ser mayoritaria».<sup>78</sup> Examinado este asunto con más prudencia y a la vista de la jurisprudencia penal producida, el balance para los entendidos sería más positivo que negativo. En efecto, a juicio del

<sup>77</sup> HURTADO POZO, José. *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>78</sup> HERZOG, Tamar. «Percibir al otro. El Código Penal de 1924 y La división de los peruanos en personas 'civilizadas', 'semi-civilizadas' y 'salvajes'». *Observations and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World*, Ed. Johannes-Michael Scholz y Tamar Herzog. Francfort Del Meno: Vittorio Klostermann, 1997, pp. 399-414.

estudioso Francisco Ballón Aguirre en un libro ya clásico, *Etnia y represión penal*, no todo era negativo en el análisis de estas normas puesto que si bien es cierto que pretendían diferenciar al «indio» de los ciudadanos civilizados, esta discriminación al final lo beneficiaba al eximirle de responsabilidad o al atenuar considerablemente la pena.<sup>79</sup>

En la valiosa recopilación de casos de Ballón Aguirre salta a la vista que, a la luz de esas categorías, el indígena resultaba beneficiado. Así, la ejecutoria del 25 de junio de 1931 «Si el Tribunal Correccional considera que el acusado es indígena semi-civilizado analfabeto y de ninguna cultura, tales hechos deben ser planteados y votados en las cuestiones de hechos respectivas, bajo pena de nulidad de la sentencia».<sup>80</sup> Igualmente, la ejecutoria del 26 de abril de 1939 «En el juzgamiento de los salvajes, debe tenerse en cuenta las normas de los arts. 44 y 87 del C.P., ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización».<sup>81</sup> Las penas para el caso de indígenas incluso para delitos como el homicidio, eran reprimidos con penas leves, tal como exhibe la ejecutoria del 22 de noviembre 1940 «La represión del delito de homicidio, cometido por indígenas semi-civilizados en agravio de un enajenado a quien aquellos consideran como seres peligrosos y malignos, no puede ser muy severa, a pesar de la gravedad del delito, por lo dispuesto en los artículos 45 y 51 del C.P., y por que las supersticiones y costumbres bárbaras de dichos indígenas no pueden ser abolidas con penas drásticas».<sup>82</sup> Aunque la visión del indígena como una persona semi-civilizada no había cambiado y se mantenía también en la jurisprudencia, al respecto es ilustrativa la ejecutoria del 18 de febrero de 1943 «El concepto legal del indígena semi-civilizado, es el del sujeto que lleva una vida primitiva, ajeno a todo centro de cultura».<sup>83</sup> Hacia 1975 se tenía en cuenta sus costumbres y creencias y valores socioculturales «Para los efectos del fallo, tratándose de indios aguarunas es necesario tener en cuenta sus costumbres, tradiciones y creencias, y en general sus valores socioculturales. Tan es así que gobierno en el D.L. 20653, Ley de Comunidades Nativas y Producción Agropecuaria de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva. Los quiere incorporar a la civilización respetando su tradición. Se absolvió a los acusados por delito de homicidio por no haberse podido determinar quiénes fueron los autores del homicidio de un menor de edad, pues se presume que todos dispararon en forma simultáneamente contra los del otro bando».<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Vid. BALLÓN AGUIRRE, Francisco. *Etnia y represión penal*. Lima: CIPA, 1980. Mi padre, Augusto Ramos Zambrano, quien fue abogado litigante en Puno en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, sostenía que sin esas normas las cárceles estarían repletas del indígenas. Celebraba una reforma penal del velasquismo que modificaba el artículo 199 de Código Penal de 1925 y que disminuyó de 16 a 14 años la edad de la víctima en la llamada violación presunta (Decreto Ley de 9 de abril de 1974). Era común que se condenase a los indígenas a penas severísimas, no obstante que el inicio de las relaciones sexuales en su universo cultural dependía de factores somáticos como la aparición del vello púbico o rasgos fisiológicos como la menstruación antes que en registros documentales.

<sup>80</sup> Ejecutoria del 25 de junio de 1931, Revista de los Tribunales, 1931, p. 89.

<sup>81</sup> Ejecutoria del 26 de abril de 1939, R. de los T. p. 148.

<sup>82</sup> Ejecutoria del 22 de noviembre de 1940; R. de los T. 1941, p. 5.

<sup>83</sup> Ejecutoria del 18 de febrero de 1943, R. de los T. 1943, p. 27.

<sup>84</sup> Ejecutoria del 11 de setiembre de 1975, R. de J.P. 1975, p.83.

Y la remisión a una Colonia Penal también se daba, numerosos era los casos, por ejemplo, tenemos el caso del indígena Pedro Sánchez Susanibar, quien en 1941 fuera condenado a seis años de prisión por delito contra el patrimonio, y conducido en 1946 a la Colonia Penal de El Frontón.<sup>85</sup> El de Emilio Román Peña de 17 años condenado en 1946 a un año de prisión por delito contra el patrimonio.<sup>86</sup> El del joven de 22 años José Montes Sandoval que en 1945 fue condenado a 4 meses de prisión y posteriormente en 1949 fue trasladado a la Colonia Penal del Frontón esta vez condenado por delito de homicidio.<sup>87</sup>

63

## El caso Huayanay

Este fue un caso límite de confrontación entre costumbres indígenas y Derecho formal. Los hechos ocurrieron hacia el año 1973. El teniente gobernador de la comunidad Matías Cesar Escobar de la Cruz cometía constantes abusos contra los comuneros, los humillaba, amenazaba, incendiaba sus cultivos viviendas, saqueaba sus animales y ultrajaba a sus mujeres. Eustaquio Palomino, nueva autoridad de la comunidad, le hizo purgar un encierro preventivo de 24 en una celda. Escobar en venganza incendió la casa de Palomino quien lo denunció ante el juez instructor de Huancavelica. El Tribunal Correccional de Huancayo sentenció al culpable a dos años de prisión efectiva. Después de un año de presidio con motivo del 28 de julio de 1974, Día de la Independencia, Escobar fue indultado.

64

A los pocos días de su liberación el cadáver del denunciante Palomino fue hallado. Había sido sepultado vivo. La consternación de la comunidad era generalizada. El Juez Instructor de Huancavelica abrió instrucción al presunto criminal. Escobar huye pero es capturado. El 5 de setiembre de 1974, en la plaza central se reunieron más de doscientos comuneros. Exigían a Escobar que firme una confesión escrita. Este se negó y fue conducido con su cómplice a la carceleta comunal. En las afueras los campesinos bebían «calentitos», mates de coca y aguardiente. Escobar, enardecido por la detención, les gritaba desde el calabozo.<sup>88</sup>

65

Los campesinos deliberaban sobre la conveniencia de conducirlo ante las autoridades, pero temían que fuese liberado o que se le otorgue un nuevo indulto. Es así como en medio de la excitación producida por el miedo, la desesperación y las bebidas espirituosas, toma cuerpo la idea de ejecutarlo, aplicando el *Ushnam jampi*, «a un gran mal, la muerte como remedio» y con ello la muerte del «enemigo del pueblo».<sup>89</sup> Todo Huayanay se abalanzó y de un golpe sobre la celda, rompió el candado que guarnecía la puerta, halaron a rastras al sobrino César Matías: «La pena de muerte se aplica a golpes y se llama a la viuda de Eustaquio Palomino para que proporcione el golpe final;

66

<sup>85</sup> CDA-INPE, Expediente N° 28894.

<sup>86</sup> CDA-INPE, Expediente N° 40206.

<sup>87</sup> CDA-INPE, Expediente N° 39396.

<sup>88</sup> *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Año Judicial de 1974, T. LXVI, publicación oficial, Lima, 1978, p.76.

<sup>89</sup> TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. «El caso Huaynay: El Derecho en situación límite», en: *Cuadernos Agrarios*, N° 2, Lima: Instituto Peruano de Derecho Agrario, 1977, pp. 73-74.

esta carece de fuerza suficiente y es llamado el nieto de Palomino, de 17 años de edad, para que remate a Escobar. El cadáver queda en el sitio durante tres días, durante los cuales se procede al velatorio según las costumbres indígenas».<sup>90</sup>

Luego de la ejecución se levantó un acta y a continuación es entregado al Puesto de la Guardia Civil de Acobamba. El juez abre instrucción contra los signatarios del acta, doscientos dieciocho comuneros quienes, entre atemorizados y contrariados por la inesperada decisión judicial, huyen para ocultarse en los cerros. Siete, sin embargo, fueron los comuneros capturados por la policía. El fiscal de la Corte de Huancavelica solicitó una pena de internamiento de veinticinco años por el delito de homicidio, en lugar de la pena capital, por considerar que eran personas que merecían todas las atenuantes posibles.

Posteriormente, el Tribunal Correccional de Junín determinó el archivo definitivo del proceso puesto que el fiscal había retirado la acusación considerando que no se había producido delito sancionable penalmente. Resolución que al final fue declarada nula, y por resolución del 12 de junio de 1976 la Corte Suprema de Justicia ordenó, para desgracia de los comuneros detenidos, que se remitan los autos a otro fiscal para que formule una nueva acusación y se lleve a efecto el juicio oral por otro Tribunal Correccional. Los comuneros fueron nuevamente juzgados, hallados culpables y encarcelados hasta el año 1981, cuando son, finalmente liberados. El caso Huayanay fue tildado por Fernando de Trazegnies como una situación límite para el Derecho.<sup>91</sup>

El Código Penal de 1991 en el artículo 15° se sustituyó, más a tono con concepciones más modernas y con el lenguaje políticamente correcto, las expresiones “semi-civilizada” y “salvaje” por la figura del *error de comprensión culturalmente condicionado*. En realidad, esa categoría no está concebida necesariamente solo para los indígenas o población originaria. Su ámbito de aplicación es mucho más amplio. Basta que hubiera una divergencia de naturaleza cultural. Podría ser un extranjero de viaje o residente en el Perú. Se exige simplemente que no aprecie por razones culturales la naturaleza delictuosa de sus actos.

Fue Alexander Graf Zu Dohna quien bosquejó la idea de «error de prohibición», al sugerir reemplazar las expresiones de error de hecho y error de Derecho por las de error de tipo y error de prohibición.<sup>92</sup> En nuestro país, sin embargo, con la incorporación del artículo 15 a nuestro Código Penal de 1991, se introdujo en doctrina lo que se conoce como «error de comprensión culturalmente condicionado». Se recogía así la propuesta del profesor argentino Eugenio Zaffaroni, quién criticó lo señalado en el Proyecto de código penal de abril de 1986, que ofrecía una solución distinta desde

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>91</sup> «Una comunidad socio-cultural, sin tener en cuenta el derecho oficial, decide imponer sus propios criterios para castigar a quien considera enemigo del grupo social; y es como, asumiendo la justicia en sus manos, comete un acto que normalmente habría sido calificado de homicidio. En estas circunstancias, el derecho oficial se cohíbe frente a la situación y, absteniéndose de juzgar de acuerdo a sus propios criterios, consagra este separatismo jurídico, mediante la absolución de los presuntos culpables, y entonces, por un procesos curioso de conversión, aquellos que eran originalmente inculpados, es decir, personas a quienes se considera que pueden haber cometido un acto antisocial, un delito, pasan a ser héroes populares». pp. 73-74.

<sup>92</sup> GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1958.

67

68

69

70

la tesis de la inimputabilidad.<sup>93</sup> Veamos: «[...] es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la inimputabilidad del indio [...] *Considerar al indio como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonarlo con el enfermo, perturbado psíquico* <sup>94</sup>, etc. En rigor de verdad, el indio no es un ser inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta».<sup>95</sup> Zaffaroni desarrolla la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado, tema que tuvo un gran impacto en la comunidad jurídica de la región: «El error de comprensión permite eludir la absurda teoría de que los *indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso*. La alternativa de apelar al estado de necesidad en el caso del indígena es artificiosa, porque en realidad lo que no puede exigírsele es la comprensión de la criminalidad [...]»<sup>96</sup>.

Posiciones críticas no se dejaron esperar. Así, Iván Meini, profesor de la Universidad Católica del Perú, sostiene: «La tesis que mantengo reza como sigue: el artículo 15 del Código Penal no prevé error alguno, sino un supuesto de inimputabilidad».<sup>97</sup> Para fundamentar dicha hipótesis Meini puntualizaba:

Primero, el artículo 15 del Código Penal es una inadecuada adaptación legislativa de una buena propuesta de Zaffaroni. En segundo lugar, que si el artículo 15 del Código Penal contemplara, en realidad, un error de comprensión culturalmente condicionado, el precepto sería innecesario puesto que existe ya una cláusula general que regula el error de prohibición (artículo 14, segundo párrafo del Código Penal). En tercer lugar, una interpretación literal, teleológica y sistemática del artículo 15 del Código Penal arroja como resultado que se trata de un supuesto de inimputabilidad. En cuarto lugar, en contra de lo que suele decirse, la inimputabilidad por diversidad cultural es la manera más democrática de respetar la identidad cultural, la libertad de pensamiento y el libre desarrollo de la personalidad a que tienen derechos los miembros de los grupos minoritarios cuando su cultura difiere diametralmente con la del contexto normativo en el cual actúan. En quinto lugar, que aun cuando no existiese una cláusula como el artículo 15 del Código Penal que expresamente se pronuncia por la inimputabilidad en casos de diversidad cultural, cabría reconducir la inimputabilidad por diversidad cultural a los casos de alteraciones en la percepción del artículo 20.1 del Código Penal. Y, en último lugar, una bondad que se derivan de considerar inimputable a una persona por su ‘cultura

<sup>93</sup> Señalaba el artículo 21 del citado proyecto: «El juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión». Diario Oficial *El Peruano*. «Proyecto de Código Penal», publicado el 17 de julio de 1990; «Proyecto de Código Penal» publicado el 20 de enero de 1991. *El Peruano*, «Proyecto de Código Penal», 31 de marzo de 1986.

<sup>94</sup> Zaffaroni usa inadecuadamente el término *inferior*. La categoría de la inimputabilidad no está diseñada para nadie que pueda tildarse de inferior, el tener una enfermedad no hace inferior a nadie.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana: perspectivas, disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1988, p. 30.

<sup>96</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 738.

<sup>97</sup> MEINI, Iván «Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal». *Revista Derecho PUCP*, p. 21; «Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el art. 15 del Código Penal». *Jus Doctrina y Práctica*. N° 8. Lima: Grijley, p. 49 ss. Revista *Derecho* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Lima 2007, N° 60, p. 17 ss.

o costumbre’ —la inimputabilidad por diversidad cultural no autoriza, en principio, la imposición de una medida de seguridad— frente a las disfunciones sistemáticas de entender que el artículo 15° del Código Penal prevé un error de comprensión culturalmente condicionado.<sup>98</sup>

La cultura de las personas es, cada vez más, tomada en cuenta en las sentencias. Así en el caso “Baguazo”, que absolvió a indígenas acusados del asesinato de numerosos policías. La sentencia tomó en cuenta lo previsto en el artículo 15 del Código Penal y lo establecido en el Acuerdo Plenario 1-2015 referido al error de comprensión culturalmente condicionado, además de un análisis histórico de la organización y cultura de la población. Estableció:

(...) no basta la pertenencia a una comunidad o ser un ciudadano indígena. Se requiere que la conducta o condicionamiento cultural sea aceptado por el conjunto de la comunidad. Es decir, que exista una validez jurídica, desde el derecho consuetudinario, para esta conducta, ya que en caso contrario no podría ser protegida por el error de comprensión culturalmente condicionado. Para ello, constituye un instrumento de especial importancia el peritaje antropológico.<sup>99</sup>

## Epílogo

Un personaje de un cuento de Ciro Alegría, Calixto Garmendia solía sentarse por las tardes a conversar con los amigos. «Lo que necesitamos es justicia», decía: «El día que el Perú tenga justicia será grande».<sup>100</sup> Razón no le faltaba. En otro texto recordábamos a Garmendia: «¡La justicia no es limosna! ¡Pido justicia! Poco después, don Calixto Garmendia falleció».<sup>101</sup> La ausencia de un sentido de justicia en el mundo rural peruano es uno de los ejes de la producción literaria de Alegría.<sup>102</sup>

En *El mundo es ancho y ajeno*, el viejo Chauqui indignado pensaba: por causa de la «la ley» y «el derecho» había visto desaparecer comunidades.<sup>103</sup> Son los instrumentos de los gamonales para arrebatar las tierras de la comunidad y hacer trabajar a los indios y volverlos pobres.<sup>104</sup> Rumi resistía

<sup>98</sup> MEINI, Iván «Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal». *Revista Derecho PUCP*, p. 21; «Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el art. 15 del Código Penal». *Jus Doctrina y Práctica*. N° 8. Lima: Grijley, p. 49 ss. *Revista Derecho* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Lima 2007, N° 60, p. 17 ss.

<sup>99</sup> Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua, Expediente Nro. 00194-2009 [0163-2013], sentencia de 22 de septiembre de 2016, p. 385. Un análisis de la sentencia en este sentido puede verse en JUGO VIERA, Juan Miguel. *La Sentencia del Caso "Baguazo" y sus aportes a la Justicia Intercultural*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), 2017.

<sup>100</sup> HUAMÁN CABRERA, Félix y, Carmela ABAD MENDIETA. *Historia de la literatura peruana*. Tomo II, Lima: Editorial San Marcos, 2003, p. 101.

<sup>101</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley abogados y jueces en la narrativa peruana*. Lima: Fondo editorial de la Universidad de Lima, 2008, p. 89. Sobre Calixto Garmendia Véase también ALEGRÍA, Ciro. *Novelas y cuentos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 543-550.

<sup>102</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley abogados y jueces en la narrativa peruana*. *Ibid.*, p. 84.

<sup>103</sup> ALEGRÍA, Ciro. *El mundo es ancho y ajeno*. Lima: Ediciones Varona, 1979. p. 15.

<sup>104</sup> *Ibid.*

a «la ley» mientras otras comunidades vecinas ya habían desaparecido.<sup>105</sup> La ley y el Derecho eran algo que los comuneros no entendían.<sup>106</sup> Los indios por ser indios tenían que pagar una suma mensual. «Qué culpa tiene uno de ser indio? ¿Acaso no es hombre?»<sup>107</sup> El indio Pillco decía, no sin razón y con ironía: «¡Carajo, habrá que teñirse de blanco!».<sup>108</sup>

En otro pasaje, Rosendo pensaba: «¿No veía los gigantescos poderes contra lo que trataba de enfrentarse sin más arma que la tergiversable ley?».<sup>109</sup> Y es que la ley era casi siempre desfavorable para ellos. Meditaba Rosendo: «Así era la ley...despreciaba la ley, ¿Cuál era la que favorecía al indio?».<sup>110</sup> Genaro Ledesma un personaje de *La tumba del relámpago* de Scorza diría «En el Perú un indio nunca ha ganado un juicio».<sup>111</sup> Quizás exageraba pero graficaba.

77

---

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> ALEGRÍA, Ciro. *El mundo es ancho y ajeno*. Lima: Ediciones Peisa, 2002, p. 333.

<sup>110</sup> ALEGRÍA, Ciro. *El mundo es ancho y ajeno*. Madrid: Ediciones de la Torre, 2000, p. 128.

<sup>111</sup> SCORZA, Manuel. *La tumba del relámpago*. 2ª ed. Madrid: Siglo veintiuno editores, 1998, p. 42. Antes que Scorza, dos magistrados indigenistas que llegaron a la presidencia de la Corte Suprema, el puneño José Frisancho Macedo y el cusqueño José Antonio Garmendia, en sus memorias judiciales, expresaban ya un criterio similar. Véase FRISANCHO MACEDO, José. *Páginas de orden judicial*. Lima: Imprenta Carrera, 1949, pp. 12-13.