

*El indígena en la dogmática penal  
peruana del siglo XIX*  
*Indigenous People in the Peruvian  
Criminal Dogma of 19th Century*

Javier Ysrael Momethiano Santiago\*  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v10i10.224>

\* Abogado litigante (1998). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Alas Peruanas (2004), profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Federico Villarreal (2006), profesor asociado de Derecho Penal de la Academia de la Magistratura (2006), catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (2007), e integrante de la Comisión Consultiva de Criminología del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2011).

Lex



*Joven indio.*

## RESUMEN

La raza india sometida a los conquistadores tuvo como secuela un proceso de destrucción de las estructuras de la sociedad indígena, dando origen jurídico a la república de indios, pero gobernados por una sociedad hispana como legado. La consideración de seres humanos a los indígenas no fue reconocido de inmediato, pues fueron tratados como animales o seres sin alma, ya que el derecho de conquista se imponía como una sociedad de castas, basada en la discriminación étnica y la diferenciación cultural que se practicaba en el siglo XVIII, entonces lo esencial de aplicar un derecho penal foráneo es su unilateralidad y coacción, aunque no podemos indicar que se trata de una simple aplicación de este derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura desarrollada, donde el creador del derecho era el Inca. Tampoco, es una mera aceptación de un derecho penal extranjero, porque los miembros de la sociedad nativa que fueron vistos como objetos de legislación, se resistieron al nuevo orden rebelándose. La independencia del Perú no significó la ruptura del sistema socioeconómico consolidado en tres siglos de coloniaje, es decir que la emancipación solo produjo la destrucción de las relaciones políticas con la metrópoli, sin que cambie de manera relevante las estructuras internas del país, situación esta que se extendió en el siglo XIX, en tal sentido la construcción del Derecho Penal criollo resulta una ficción, ya que era producto de la educación europea de ese entonces, que nace con mentalidad teológica, desarrollada con la metafísica, la que discrimina al indígena por no tener autodeterminación como requisito de la culpabilidad al iniciar el siglo XIX, y que a mediados de esta centuria, termina por apreciar a los “indios” como potencialmente criminales desde la óptica de la escuela positivista, siendo estas ideas empleadas por la república oligárquica de 1895, y que determinan el tratamiento legislativo penal respecto a los indígenas del siglo XIX, convirtiéndolos en más miserables que en la colonia, pues las ideas de los liberalistas llegaron a dañarlos, logrando que las comunidades subsistentes se atrasen.

**Palabras clave:** *indígena, inimputabilidad, culpabilidad, peligrosidad, escuela clásica, escuela positivista, tesis indigenista, tesis colonialista, sanción penal.*

## ABSTRACT

The Indigenous people subjugated to conquerors had as a consequence a process of destruction of the structures of the Indigenous society, giving legal birth to the Republic of Indians, but governed by a Hispanic society as a legate. The Indigenous people were not recognized as human beings immediately because they were treated like animals or beings without a soul, since the right of conquest was imposed as a caste society, based on ethnic discrimination and cultural di-

fferentiation that was practiced in the 18th century, then the essential to apply a foreign criminal law is its unilateralism and duress, although we do not indicate that it is a simple implementation of this right, since the Spaniards found upon arrival a developed culture, where the creator of law was the Inca. Nor, is a mere acceptance of a foreign criminal law, because members of the native society were seen as objects of law, resisted the new order rebelling. The independence of Peru did not mean the breaking of the socio-economic system in three centuries of colonialism, i.e. that emancipation produced only the destruction of the political with the metropolis relations, without that change in a relevant way the internal structures of the country, this situation that was extended in the 19th century, so the construction of the Creole Criminal Law is a fiction now that it was a product of European education at that time, that comes with theological mindset, developed with metaphysics which discriminate against the indigenous people because they have not self-determination as culpability requirement at the beginning of the 19th century and that in the middle of this century, it ends up appreciating the “Indigenous people” as potentially criminals from the standpoint of the positivist school being these ideas used by the oligarchic Republic of 1895 which determine the criminal legislative treatment regarding the indigenous people of the 19th century making them more miserable than in the colony, as the ideas of the liberal people came to damage them, making the remaining communities.

**Key words:** *indigenous people, immune from prosecution, guilt, endangerment, classical school, positivist school, indigenous people thesis, colonialist thesis, criminal sanction.*

El término *indígena* ha sido utilizado desde la conquista para ofender a los runas andinos o grupos que luchan por tener una identidad sociocultural, pues la conquista no solo fue un impacto físico, plasmado en la disminución de la población nativa y la superioridad tecnológica, sino también una confrontación social y cultural desigual.<sup>1</sup>

La incorporación de la sociedad andina al sistema socioeconómico foráneo estableció la variación del proceso cultural indígena. La raza india sometida por los conquistadores a condiciones discriminatorias tuvo como secuela un proceso de destrucción de las estructuras de la sociedad indígena (desarticulación de las relaciones sociales, económicas, políticas y religiosas), dando origen jurídico a la república de indios (república explotada), aunque gobernados por una sociedad hispana (república dominante) como legado.

Desde inicios del siglo XIX se ha sostenido que los principios del Derecho Penal deben ser apoyados por el Derecho Natural o Absoluto, pues la escuela clásica surgió para contrarrestar al antiguo régimen del Derecho que se apoyaba en la tortura, la pena de muerte, las acusaciones secretas y toda manera de sometimiento.

A pesar de esto, nuestros juristas no le dieron el interés necesario al campo penal en los comienzos de la república, y entrada esta, cultivaron un saber foráneo de Derecho Penal — aunque las ideas de Carrara, que propugnaba el libre albedrío, si un acto es bueno o malo frente al medio social, y concibiendo al hombre tanto un ser natural como social no tuvieron mucho eco en los jurisprudencias peruanos del siglo XIX— dejando de lado las iniciativas del Derecho Penal patrio, y con ello enfocando la carencia de autodeterminación del indígena, lo cual sustentaba su marginación.

De esta forma, los partidarios de la teoría retributiva de la pena así como los de seguridad jurídica basan el Derecho Penal de culpabilidad o Derecho Penal liberal en la libre elección del hombre, la cual está sujeta a reproche, es decir, la aplicación de la pena que debe retribuir

<sup>1</sup> Cfr. Mariátegui, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. p. 56.

el reproche. En tal sentido, la determinación de la pena tiene como límite la cuantía de la culpabilidad de la que carecen los indios. Sin embargo, al incursionar el positivismo, se considera al hombre determinado (no tiene elección) por causas, pues no se le podrá reprochar, solo se le medirá su peligrosidad; por ende, la pena estará limitada por la cuantía de peligrosidad. A esto se llama Derecho Penal de peligrosidad o Derecho Penal autoritario, que tiene como seguidores a los partidarios de la teoría reeducadora o resocializadora de la pena y los de la defensa social, la cual da una apreciación de prejuicio del hombre indígena. Enfocada esta problemática, es relevante preguntarnos cómo eran considerados los indígenas.

### **I. Antecedentes culturales y legales del siglo XIX**

La consideración de seres humanos a los indígenas no fue reconocida de inmediato, ya que fueron tratados como animales o seres sin alma, es decir, como objetos y no sujetos de derecho.

La naturaleza humana del indio fue considerada por Paulo III, en la bula *Sublimis Deus*, aunque esta les daba una personalidad jurídica restringida (capacidad disminuida del indio que está bajo la tutela de una persona capaz), puesto que sus derechos fueron desconocidos y tan solo eran sujetos de obligaciones (tesis colonialista).

Dentro de la nueva sociedad dominante, los “indios” eran vasallos tributarios de la Corona castellana, aunque estos eligieron evadir la fiscalización colonial; en tal sentido, de indios tributarios pasaron a transformarse en indios vagos y forasteros.

La legislación estableció que los derechos de los “indios” debían contener diferenciación y control, pues la nueva situación lo exigía en sus preceptos, puesto que “...durante el Virreinato, las leyes penales son drásticas y protegían básicamente a la Metrópoli. La aplicación era desigual. En este momento lo que se pretendía era lograr la mayor cantidad de ingresos para la Corona española, no importando las injusticias que se produjeran en la colonia”.<sup>2</sup>

El derecho de conquista se imponía como una sociedad de castas basada en la discriminación étnica y la diferenciación cultural que se practicaba en el siglo XVIII.

En esta guerra de castas, “...los alzados supieron combinar la nostalgia del pasado prehispánico con la lealtad al Rey español, por hipótesis ignorante de las inequidades que en su nombre se cometían en América, exacerbó las tensiones entre las castas peruanas; indios contra blancos y mestizos en el Bajo Perú; indios y mestizos contra blancos en el Alto Perú. En este sentido, más que ofrecer un antecedente para las luchas de independencia, estos

<sup>2</sup> Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. p. 44.

alzamientos parecen proporcionar una de las claves para entender la obstinación con que [esta] área iba a apegarse a la causa del rey; una parte de la población nativa iba a ver en el mantenimiento del orden colonial la mejor defensa de su propia hegemonía, y en esta la única garantía contra el exterminio a manos de las más numerosas castas indígenas y mezcladas”.<sup>3</sup>

Desde el virreinato de Toledo hasta que los Borbones llegan al trono, se organizó un sistema social y estatal que insertó a la comunidad nativa al Imperio (tesis indigenista). La concepción de las Leyes de Indias establecía un tratamiento de salvaguarda y a la vez marginativo de los indios, ya que se les consideraba seres incapaces, subordinados a la tutela del colonizador español con el propósito de percibir beneficios de la civilización y fe. Además, se consideraba a los indios como flojos, viciosos y que prontamente se olvidaban lo enseñado, ya que era una característica de su estatus cavernario o salvaje, al considerarlos incapaces, tomando en cuenta su desarrollo mental, grado cultural y costumbre,<sup>4</sup> a menos que se les diera la “conversión” que no solo abarcaba al ámbito religioso sino que imponía un estilo de vida de los españoles conquistadores.

La recepción de las leyes vigentes en una sociedad determinada a otra, implica aceptación cognoscitiva y conativa de un derecho foráneo por parte del pueblo receptor, mientras que la imposición se da cuando a una comunidad se le conmina a obedecer y poner en práctica la legislación foránea.

Lo esencial de aplicar un Derecho Penal foráneo es su unilateralidad y coacción, aunque no podemos decir que se trata de una simple aplicación de este derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura desarrollada, cuyo Derecho Penal tuvieron que tener en cuenta, como es el caso de las fuentes indirectas preíncas elaboradas en cerámica por la cultura mochica, representando juicios y aplicaciones de penas; y como fuente incaica se tenía el conocimiento jurídico dado por los cronistas e historiadores. En este periodo, el creador del Derecho era el Inca, pues su ley lo hacía conocer al pueblo por intermedio de los quipucamayocs y amautas, utilizando los refranes al carecer de escritura.

Tampoco es la mera aceptación de un Derecho Penal extranjero, porque los miembros de la sociedad nativa que fueron vistos como objetos de legislación se resistieron al nuevo orden y hasta se rebelaron.

La independencia del Perú no significó la ruptura del sistema socioeconómico consolidado en tres siglos de coloniaje, es decir, la emancipación “no tuvo propagación social, ni cultural

<sup>3</sup> Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. p. 77 - 78.

<sup>4</sup> Cfr. Leguía y Martínez, Germán. *Diccionario de la legislación criminal del Perú*. p. 472.

de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional”.<sup>5</sup>

La ruptura de las relaciones políticas con la metrópoli se produjo por las guerras emancipadoras, pero sin que se diera una variación relevante de las estructuras internas del país, situación que se prolongó al siglo XIX.

## II. Sociedad andina independiente y republicana

Proclamada la independencia política del Perú, San Martín consideró que era un crimen que el aborigen siguiera siendo degradado; en tal sentido, dispuso la abolición del pago de tributo por considerarse un cobro indebido o exacción ilegal; asimismo, extinguió legalmente la palabra “indio” por ser una ofensa, sustituyéndola por “peruanos”, el 27 de agosto de 1821. Sin embargo, todo esto fue una buena intención, pues la crisis social y económica determinó que se incumpliera con el decreto el mismo momento de su promulgación. Aunado a esto, el poder del sector dominante permitió la ineficacia de la disposición legal en mención el 28 de agosto de 1821, dando origen a la guerrilla indígena por no lograr su interés propuesto y explicado *supra*.

“En este marco, la construcción de un Derecho Penal peruano (criollo) resulta una ficción, pues aun cuando la elaboración jurídica correspondiera a los criollos cultos peruanos, estos eran producto de la educación europea, y la sociedad que el Derecho propuesto por ellos pretendía regular estaba radicalmente escindida”.<sup>6</sup>

Por su parte, Bolívar admitió a composición las tierras del Estado que se encontraban en posesión precaria con el propósito de conseguir rentas para el ejército. Esto implicó la disolución de la comunidad indígena,<sup>7</sup> incompatible con las ideas liberales de aquel entonces, pero esta norma no fue acatada, pues los indígenas se resistieron en agosto de 1827 contra las autoridades estatales, obligándoles a suspender toda venta.

En marzo de 1828, dispusieron repartirles las tierras a los indígenas con licencia, pero exigiéndoles previamente como requisito que sepan leer y escribir. Esta norma tampoco tuvo éxito, defendiéndose de esta manera a los hacendados criollos; sin embargo, varios indios empezaron a vender sus tierras sin título, lo que originó posteriormente problemas judiciales. Por eso, los criollos desconfiaban de los campesinos, ya que no olvidaban la sublevación de Túpac Amaru y los Angulo, que más que dirigirse contra la monarquía era una insurrección contra la centralización y racionalización de la administración del orden estamental.

<sup>5</sup> Matos Mar, José. *Dominación, desarrollos y pluralismos en la sociedad y cultura peruana; en Perú actual (Sociedad y política)*. p. 24.

<sup>6</sup> Villa Stein, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. p. 80 - 81

<sup>7</sup> En el mismo sentido, *vid.* Galeano, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. p. 187.

En este mismo período anual, se dio origen al proyecto Vidaurre, que concebía al delito como una voluntad del hombre, puesto que la tradición española había continuado vigente. La redacción de este proyecto de Código Penal se inspiraba en el Código Penal español de 1820 y el Código Penal francés de 1810, pero también en las ideas de César Beccaria expuestas en su obra *De los delitos y de las penas*.

La independencia y la república del siglo XIX no borraron la problemática existente entre el grupo dominante hispano criollo que imponía su estilo de vida y los grupos explotados mestizo e indígena, que se atrincheraron en sus costumbres. Esta clase dominante que se arrogaba la independencia del país por su poder económico, marginaba a los indígenas dándoles el apelativo de “cholos”. El “tributo” —que antes se pagaba a los curacas, incas, encomenderos— o “contribución indígena”, denominado así durante la república, se prolongó con un contenido racial.

La falta de una clase burguesa hizo de la república un supuesto Estado burgués. La democracia, obstaculizada por el militarismo y los legisladores, determinó el incremento de 21 a 25 años la edad mínima de los ciudadanos sufragantes, limitando este derecho a los analfabetos y exigiendo cierto nivel de ingresos económicos para presentarse como candidato a diputado o senador, con lo cual se marginada a la comunidad andina.

Como expresa Cotler, “los indios, por su inferior condición social eran considerados legalmente menores de edad y no se les permitía celebrar contratos con los españoles sin la aprobación del Rey, y por dicha situación y su supuesta incapacidad para comprender los misterios de la religión en la Iglesia, los indios no recibían las ordenes mayores”.<sup>8</sup>

La constitución política de 1828 dispuso que todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto que pertenezcan, y estatuyó que los fondos de las Juntas Departamentales procedieran de las rentas de las comunidades indígenas.

El 18 de julio de 1829 se eliminó la contribución de las castas, subsistiendo la de los indios, quienes mantenían al ejército y a la burocracia del Estado. Posteriormente, se otorgó la posesión de tierras a los indígenas, y mediante decreto supremo, el gobierno se vio obligado en 1836 a restablecer el cargo de Protector de Indígenas en el Perú, que luego quedó sin efecto al verse imposibilitado de laborar con eficacia, situación que determinó que los párrocos asumieran dicho encargo.

Asimismo, en 1836 se dio el Código Penal de Santa Cruz, que surgió a raíz de la Confederación Perú-Boliviana, que estuvo vigente en el Estado Sur y Norperuano hasta

<sup>8</sup> Cotler, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú*. p. 64.

que se disolvió la Confederación referida, restableciéndose de esta forma la normatividad preexistente de origen hispano, y que, según Basadre, “nos informa que los cuerpos legales fueron suprimidos con la restauración y calificados de ultraje y humillación al Perú por patriotas intransigentes y abogados y magistrados conservadores”.<sup>9</sup>

Este Estatuto Penal de 1836, que tuvo como base al Código Penal español de 1822, definía al delito como un comportamiento libre, voluntario y malicioso. Este antecedente permitió la dación del primer Código Penal peruano de 1862, y que implicaría para el maestro Hurtado Pozo que “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”.<sup>10</sup>

El 11 de octubre de 1847, el Congreso de la República declara ciudadanos a los indios y mestizos analfabetos de 25 años de edad en adelante y casados, es decir, con derecho a voto.

Y en 1854, Ramón Castilla suprimió la contribución indígena al reconocer que únicamente la independencia era para los de origen criollo, situación que determinó la emancipación del indio para los liberales de ese entonces.

Es así que el 20 de octubre de 1876, mediante resolución suprema se dio plena libertad a los indígenas, el poder para repartirse las tierras comunales. Pero la situación no mejoró, y terminó agravándose durante la guerra que enfrentaría el país con Chile, pues se dejaron a un lado las exigencias de los indígenas, produciéndose atropellos contra estos. Ello motivó que Nicolás de Piérola se autoproclamase defensor de la raza indígena, para dar solución a la crisis que había surgido.

Posteriormente, continúa el ultraje a los indígenas con Miguel Iglesias, al restablecer el tributo para estos, con el fin de dar solución al desastre económico del país originado por la derrota en la guerra con Chile.

Durante el siglo XIX, los indígenas se volvieron más miserables que en la colonia, pues las ideas de los liberalistas llegaron a dañarlos, logrando que las comunidades subsistentes se atrasen.

Esta situación dio origen a movimientos indigenistas, y impulsó el incremento en número de indígenas —siendo la mayoría analfabetos— en un 57,5 % del total de habitantes (1 554 678) del país, siendo los mestizos, blancos, negros y asiáticos 17,4 %.

Las propuestas legislativas penales de 1873, 1877 y 1900-1902, propulsadas por Juan

<sup>9</sup> Basadre, Jorge, mencionado por De Trazegnies Granda, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. p.160 - 161.

<sup>10</sup> Hurtado Pozo, José. *La ley importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú*. p. 44.

Antonio Ribeyro, con el objeto de modificar el Código Penal de 1862, no ofrecieron variaciones relevantes, ya que carecen de sustento jurisprudencial, y solo reiteran las ideas de libertad, culpabilidad y de retribución punitiva, que fueron utilizadas maliciosamente por la república oligárquica.

A finales del siglo XIX, es decir, desde 1890 a 1900, se produjo la demanda del caucho, lo que ocasionó que diversos aventureros eliminen a grupos de indígenas en Madre de Dios y Loreto. Es a comienzos del siglo XX, específicamente en 1915, que se dio inicio a un nuevo esfuerzo en materia penal, la que se plasmó en el Código Penal de 1924, considerando al delito como una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible, pues la finalidad de la sanción penal no es el hecho punible sino el agente. Además, al juzgador se le otorgó amplia libertad para imponer la sanción penal, pues no existían en el texto sustantivo escalas en la determinación legal de la pena. En tal sentido, el juez aprecia todas las circunstancias, es decir, las personales y objetivas que le servirán para medir su culpa y peligrosidad.

### III. El saber penal en el siglo XIX y su percepción del indígena

Los juristas peruanos de comienzos del siglo XIX son los genuinos representantes del Derecho Natural o Absoluto, pues consideraban al delito como un ente abstracto que tenía por categoría a la culpabilidad como requisito de esta; en tal sentido, el delito era entendido como un comportamiento inteligente, libre, conector e intencional para la existencia de una imputación criminal; por tanto, el Derecho no es un idealismo que crean las escuelas penales, pues Dios es el único creador del Derecho, la moral y la verdad. Esta obra celestial emplea el método deductivo que parte del Derecho Divino o Absoluto y aterriza en secuelas lógicas.

Es así que los indígenas, al no tener capacidad de autodeterminación como presupuesto de culpabilidad penal, eran considerados legalmente incapaces de comprender el carácter delictuoso de su acto, así como de la religión, según su apreciación costumbrista o cultural, motivo por el cual no deben ser tratados como sujetos integrados a la cultura dominante del legado dejado por los españoles.

De esta manera, el indígena no podía infringir la normatividad absoluta, que solo podía sancionar al agente capaz de responder por sus propios actos.

Esto se entendió por el trato desigual que se daba a las personas, sustentado en la procedencia social o la nobleza de sangre, puesto que la apreciación del Derecho Penal formal lo exigía en relación con el Derecho Penal Material.

Posteriormente, el modo del pensamiento penal resulta ser inductivo desde la apreciación de la escuela positivista, basándose en las ciencias sociales en general, rechazando a la metafísica

que no se sustentaba en la experimentación y observación, pues se dejaba de lado al idealismo sin consistencia para avocarnos a la realidad.

Entonces el delito es entendido por factores de caracteres fisiológicos y sociales, mas no considerado como un ente abstracto según lo sostenía la escuela clásica.<sup>11</sup> Refiriéndonos a nuestro país, el maestro don Luis Jiménez de Asúa consideraba que pertenecían a la escuela clásica y correccionalista: Manuel de Vidaurre, que construye una dogmática penal plasmada en su proyecto de 1828; Mariano Felipe Paz Soldán, como un estudioso del Derecho Penitenciario, y Ricardo Heredia, que, seducido por el clasismo, compone sus estudios con fuerte predominio de Carrara y Pacheco; mientras que entre los positivistas peruanos se encontraban Manuel Atanasio Fuentes, que era un entusiasta del credo revolucionario italiano; y Javier Prado Ugarteche, que abogaba por un Derecho punitivo.<sup>12</sup>

#### IV. Redefinición de la culpabilidad a mediados del siglo XIX

El concepto de culpabilidad penal es redefinido por el de peligrosidad, sosteniendo que el objeto de reproche es al autor del hecho delictivo y no al acto, pues es un juicio valorativo de la conducta del sujeto peligroso, que lleva a considerarla no como presupuesto de la pena, sino más bien como fundamento de un tratamiento de reforma.

La expresión de carácter peligroso viene a ser un término en exceso subjetivo en los problemas de la pena y las medidas de seguridad, por cuya razón debe importar más la dirección objetiva de la peligrosidad para los partidarios de esta corriente penal. Pero se debe tener en cuenta que la peligrosidad, íntimamente ligada con el carácter del sujeto, es, sobre todo, una situación subjetiva, más si se considera a la peligrosidad sin delito, por lo que el tratamiento de garantía y de reproche que se aplica contra ella, no obstante valorizado normativamente, se refiere más a una situación de hecho psicológico que a una situación de hecho objetiva, pues el reproche se dirige en este caso contra el peligro mismo y no contra la conducta criminal, situación esta que se proyectaba en el indígena. Por lo tanto, era correcto concebir el delito como una actualización de la personalidad, afirmando con ello el valor relevante del elemento subjetivo, concepto que, aplicado a la culpabilidad, considera a la personalidad como el tipo potencial de la misma, haciendo referencia a una culpabilidad de disposición, que viene a ser lo mismo que la culpabilidad potencial. Si se parte de la personalidad y sus disposiciones, el peligro valora esa culpabilidad potencial y no avanza más, pues la función de la concepción del peligro consiste en diagnosticarlo y tratarlo, no esperando que llegue a transformarse en una acción culpable por parte del sujeto.

<sup>11</sup> Para un mayor estudio, *vid.* Armaza Galdós, Julio y Armaza, Emilio José. *Criminalistas del siglo XIX, en el Digesto de Derecho Penal Peruano*. Tomo II, p. 33 - 114, y 137 - 152.

<sup>12</sup> Al respecto, *vid.* Jiménez de Asúa, Luis. *Derecho Penal en la república del Perú*. p. 22-23

La dogmática penal circunscribe el problema de la culpabilidad a la valoración del delito por el mismo agente, en su mente, como una cosa que no debe hacerse, de acuerdo con lo sostenido por Hippel. Para Florián, la concepción de la peligrosidad no va asociada al elemento subjetivo, es decir, a la conciencia que el sujeto tiene del hecho, sino al concepto del valor del hecho, puesto que el juicio de reproche es reducido solo a los imputables, refiriéndose así este jurista a uno de los aspectos de la peligrosidad, la del imputable, aunque no existe tal coincidencia entre imputabilidad y peligrosidad, ya que son la personalidad y la conducta las que deciden en la existencia de la peligrosidad; en cambio, es la conducta espontánea la que decide en la imputabilidad. En la imputabilidad es suficiente que la persona sea normal, siendo el concepto de peligrosidad mucho más amplio y complejo, pues comprende todos los aspectos y situaciones de la personalidad, desde la personalidad normal hasta la patológica, posición que tampoco beneficia a los indígenas al ser marginados por sus costumbres.

El juicio de valor, que es característico de la reprochabilidad, en opinión de Ruiz Funes, es un juicio que subsiste también en el caso de la personalidad del no imputable, pero ya no como un juicio de reproche, sino más bien como un juicio de probables conductas criminales o de reales conductas antisociales, a las que se les valora como temibles, es decir, la reprochabilidad como la peligrosidad implican juicios de valor; la reprochabilidad valora la culpa; en cambio, la peligrosidad valora la antisociabilidad del agente,<sup>13</sup> dando lugar ambos juicios al empleo de medidas de defensa social como medios de reforma y protección individual.

Considerando las aplicaciones de la culpabilidad a la peligrosidad, Florián dice que si la culpa normativa se entiende como consecuencia de lo ilícito, viene a constituir un indicio claro de peligrosidad, pero si se le valora como un reproche, coincide con la peligrosidad misma. Este jurista sostiene que lo injusto es un elemento de la peligrosidad, mas a título de previsión se efectúa el diagnóstico teniéndose en cuenta la probabilidad de lo injusto, de una expectativa de antijuridicidad, luchándose contra él, antes de que la conducta antijurídica se haga efectiva. En lo que se refiere a la reprochabilidad en el peligro, no se llega a precisar, siendo solo suficiente con la probabilidad de aquellos actos que, de llevarse a cabo, originarían en las demás personas ese juicio de reproche.

Con referencia a la peligrosidad, se tiene que también entre los elementos que la conforman están la voluntad y su proceso de formación, las representaciones que actúan sobre ella y la adecuación del acto a la personalidad del individuo, pero con un alcance diferente que en la culpabilidad, puesto que la personalidad, que tiene un contenido estrictamente caracterológico, asume todo su valor debido al conocimiento del carácter mismo, no siendo

<sup>13</sup> Al respecto, Cfr. Momethiano Zumaeta, Eloy Fernán. *Factores exógenos de la peligrosidad en los menores de la escuela de readaptación de Maranga*. p. 25.

indispensable un acto antijurídico; en tal sentido, se acentúa el riesgo que genera el indígena para la sociedad criolla.

Posteriormente a la redefinición de la culpabilidad por peligrosidad, se planteó que todo Derecho Penal de autor es Derecho Penal de peligrosidad, mientras que el Derecho Penal de culpabilidad podría ser de autor o de acto.

Para un sector de la doctrina solo se tendrá en cuenta el acto ilícito mas no que la conducta del agente sea esta anterior o posterior; a esto se llama culpabilidad de acto o de hecho, es decir, en palabras de Bacigalupo, “se tomará en cuenta para la culpabilidad solo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida”.<sup>14</sup>

Otro sector de la doctrina considera que la conducta del agente permitirá juzgar el acto ilícito y antijurídico, es decir, explicar el delito como producto de la personalidad del individuo. Considerando lo mencionado hasta aquí, tenemos que la libertad de la voluntad es la base de la culpabilidad de acto, y que el determinismo lo es para la culpabilidad de autor, reelaboración dogmática penal que se aplicaría al indígena en el siglo venidero, basada en criterios positivistas de fines del siglo XIX.

## V. Colofón

La recepción de leyes vigentes en una sociedad determinada a otra, implica aceptación o imposición. La imposición de aplicar un Derecho Penal indiano no se trata de una simple aplicación de este Derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada un Derecho Penal indígena que tuvieron que tener en cuenta, el cual estaba sustentado por fuentes indirectas preíncas, elaboradas en cerámica, e incas, cuyos conocimientos jurídicos desarrollados se dieron a conocer por los cronistas e historiadores. Tampoco era una mera aceptación de un Derecho Penal extranjero, porque los miembros de la sociedad indígena se resistieron a un nuevo orden legal.

La actuación contra la normatividad penal en la república implicó un reproche de la conducta, sancionando al sujeto capaz y exigiéndole una reparación civil derivada del hecho punible que debía ser perseguida por la parte afectada o sus representantes legales, y que abarcaba la reparación del daño, restitución del bien e indemnización por el perjuicio.

La capacidad penal era entendida no solo culturalmente sino biológica y psicológicamente, es decir, como sujetos integrados a la sociedad a través de pautas culturales en las cuales se basa la norma penal (tesis indigenista); caso contrario, era comprendido como inculturación, que significó incapacidad de comprender su actuar delictivo (tesis colonialista).

El problema de las necesidades de la sociedad indígena y lo que tiene al alcance como

<sup>14</sup> Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. p. 148

medios era considerado para la perspectiva dominante como un hecho punible; sin embargo, siguiendo las pautas de la comunidad se entiende como una actuación relevante y no ilícita, para que el grupo social pueda subsistir.

De esta problemática surge la idea indispensable de determinar si es o no aplicable la incursión del Derecho Penal en estos grupos sociales. Esto explica cómo se han impuesto normas jurídicas penales foráneas que muchas veces no se adaptan a nuestra realidad, y que terminan considerando a los pobladores indígenas como inimputables o irresponsables, criterio discriminador de una sociedad dominante española que se extendió culturalmente a mediados del siglo XIX por el positivismo, y que se prolongó más allá de la mitad del siglo venidero —ya que en 1915 se inició un nuevo esfuerzo en materia penal, bajo el renombrado ponente de la Comisión de Reforma Penal Víctor Maúrtua, que se plasmó en el Código Penal de 1924, considerando al delito como una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible, pues la finalidad de la sanción penal no es el hecho punible sino el agente. Además, al juzgador se le otorgó amplia libertad para imponer la sanción penal, pues no existía en el texto sustantivo escalas en la determinación legal de la pena; en tal sentido, el juez aprecia todas las circunstancias, es decir, las personales y objetivas que le servirán para medir su culpa y peligrosidad—, dándoles el calificativo de “semicivilizados” y “salvajes”, al considerarlos incapaces relativos, tomando en cuenta su desarrollo mental, grado cultural y costumbre, sometidos a medidas de seguridad siguiendo al proyecto suizo, y que determinó una falsa reivindicación del delincuente, al no contar las autoridades estatales con establecimientos adecuados para la aplicación de las medidas de seguridad.

En definitiva, la construcción de la dogmática penal nace con mentalidad teológica, evolucionada con la metafísica, la que margina al indígena por no tener autodeterminación como presupuesto de la culpabilidad al iniciar el siglo XIX —siendo influenciada por el proyecto Vidaurre de 1828, que concebía al delito como una voluntad del hombre; luego por el Código Penal de Santa Cruz de 1836, que surgió a raíz de la Confederación Perú-Boliviana, teniendo como base al Código Penal español de 1822, y que definía al delito como un comportamiento libre, voluntario y malicioso; y a la vez en el primer Código Penal peruano de 1862, que definía al delito como las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por ley; asimismo, se apreciaba a la culpabilidad como un requisito de la pena, la cual se fijaba en escalas que iban desde una simple sanción penal hasta llegar a la pena de muerte—, y que a mediados de esta centuria termina por considerar a los “indios” como potencialmente criminales desde la óptica de la escuela positivista —sustentadas en las propuestas de 1873, 1877 y 1900-1902, las que fueron propulsadas por el jurisconsulto Juan Antonio Ribeyro, con el propósito de modificar el Código Penal de 1862, y que no ofrece variaciones relevantes, pues carecen de sustento jurisprudencial, y solo reiteran las ideas de libertad, culpabilidad y

de retribución punitiva—, siendo estas ideas perversas utilizadas por la república oligárquica instalada en 1895. A partir de estas apreciaciones, se ha tratado de explicar en este ensayo como eran considerados los indígenas durante el siglo XIX.

## REFERENCIAS

- Armaza Galdos, Julio y Armaza, Emilio José. *Criminalistas del Siglo XIX, en el Digesto de Derecho Penal Peruano*. Tomo II, Arequipa: Editorial Pangea, 2012.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998.
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial Santa Rosa, 2000.
- Cotler, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú*. 1ª reimpresión, 3ª edición, Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos, 2006.
- De Trazegnies Granda, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Segunda edición, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Derecho Penal en la república del Perú*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1987.
- Galeano, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. 75º edición, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003.
- Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Tercera edición, Madrid: Alianza Editorial, 1972.
- Hurtado Pozo, José. *La ley importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú*. Lima: Talleres de industrial grafica S.A., 1979.
- Leguía y Martínez, Germán. *Diccionario de la legislación criminal del Perú*. Lima: Librería e imprenta Gil S.A., s.f.
- Mariátegui, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima, 1972.
- Matos Mar, José. *Dominación, desarrollos y pluralismos en la sociedad y cultura peruana en el Perú actual (sociedad y política)*. México, 1970.
- Momethiano Zumaeta, Eloy Fernán. *Factores exógenos de la peligrosidad en los menores de la escuela de readaptación de Maranga*. Lima: Editorial Periodística América S.R.L., 1987.
- Villa Stein, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial San Marcos: Lima, 2001.

Recibido: 10/10/2012  
Aprobado: 11/11/2012