

El Indio ante la Criminología y el Derecho Penal (*)

Al Catedrático Dr. Manuel G. Abastos,
penalista é indigenista de buena ley, que
al frente de su Cátedra realiza en pro
del Derecho Penal una seria y concien-
zada labor de auténtico Profesor.
Con sincera y cordial amistad.

Manuel López-Rey y Arrojo.

SUMARIO

1.—Consideraciones generales. 2.—El Negro. 3.—El Indio. A). Imputabilidad. B). Inferioridad Social y mental. C). Igualdad é Identidad. D). Exigencias culturales del Derecho Penal. E). Criminal del indio. F). Problemática del concepto del indio. G). Repercusiones de una legislación protectora.

La consideración criminológica del indio es de indudable importancia para un buen número de países iberoamericanos, de ahí que la hayamos asignado en este libro todo un Capítulo, ya que la misma, a nuestro juicio, no es siempre debidamente enfocada, incluso por penalistas que pretenden ser indigenistas

(*) El presente artículo formará parte del libro del Catedrático Dr. López-Rey "Introducción al estudio de la Criminología", de inmediata publicación.

El profesor López-Rey es un distinguido penalista español formado en la escuela de Exner y Mezger, que enseña actualmente los cursos de Criminología y Derecho Penal en la Universidad de San Andrés (La Paz-Bolivia).—Ha servido como adjunto en la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Central de Madrid; ha sido magistrado y colabora en las principales revistas jurídicas de la América Latina.—Entre otras obras ha escrito: *La Reforma del Código Penal Español* (1932); *Endocrinología y Criminalidad*; *Tendencia, Mundo Circundante y Personalidad en Criminología*; *La Jurisdicción Común Penal Castellana en el siglo XVI*; *Proyecto Oficial de Código Penal (para Bolivia)*.

y que partiendo de una concepción "positivizante", tratan de resolver el problema criminológico-penal del indio, a base de peligrosidad.

Esa consideración no sería completa, si al mismo tiempo, y en virtud de íntimas conexiones prácticas y técnicas, no añadiéramos el aspecto propiamente penal, o sea, el de una consideración de la imputabilidad del indio.

1.—*Consideraciones generales.* El problema criminológico y penal del indio, no es más que un aspecto del mismo problema respecto al hombre de color y éste, a su vez de la situación y estimación social de dicho hombre en el mundo. De este último aspecto, vastísimo, no vamos a ocuparnos aquí, aunque sí haremos referencia a él, dada la íntima conexión que el mismo tiene con la Criminología y con el Derecho Penal, pero sí de los otros dos, bastante más unidos entre sí, aunque esa relación entre el hombre de color en general (y el indio americano en particular, no signifique identidad absoluta de fundamentos, métodos y conclusiones, aunque sí existen entre ambos, características muy comunes que permiten establecer esa relación. Respecto a ambos hay un sojuzgamiento social y aunque éste tiene respecto a cada uno de ellos peculiaridades significativas que no permiten tratamiento idéntico, aquél es lo suficientemente homogéneo para que a modo de introducción y antes de hablar del indio iberoamericano, se hable del hombre de color ante la Criminología y el Derecho. Dentro del concepto de hombre de color vamos a referirnos sólo al indio y al negro pues, ambos son los que juntamente con el blanco y mestizo pueblan el continente americano, salvo minorías que no constituyen, consideradas en general, un problema específico. Entre el indio y el negro, pese a la distinta situación que ambos ocupan, señaladamente el negro norteamericano, hay muchos puntos de contacto.

Como indicación de carácter general, podemos decir que la situación del negro y del indio en el mundo, por muy complejas causas y salvo contadas excepciones, es de notoria inferioridad respecto al blanco, quien proclamando una igualdad jurídica (y social, tiene siempre la suficiente habilidad para no hacerla efectiva. En esa tarea, se ve con gran frecuencia ayudado por el mestizo.

El argumento utilizado, resumen de todos los que pueden utilizarse, es que el hombre de color, negro o indio, no se halla

"preparado", argumento que no resiste una seria crítica y ello por lo siguiente; primero, en cuanto él mismo parte de una especie de preparación universal, homogénea, de "medios" y hacia "medios", que sirva o deba ser aceptada por todos los hombres, olvidando que si hay pueblos y culturas distintas, hay también y forzosamente, "preparaciones" diferentes y no hacia medios, sino hacia fines y concepciones de la vida. Esas diferenciaciones, no permiten, el que una preparación se juzgue como modelo de todas las demás. No se debe confundir preparación para una determinada civilización con cultura pues, la primera es referencia a medios, esencialmente técnicos, más no así la segunda. Respecto a técnica puede, desde luego darse una inferioridad, pero la misma no debe llevar a la conclusión de estimar inferiores a los menos tecnificados, sino sencillamente diferentes. Es cierto, que la "preparación blanca", técnicamente hablando, presenta frente a las que no lo son indudables ventajas, pero ello no debe llevar a la conclusión, de que en todos aspectos, la cultura a que va aparejada esa mejor civilización es también mejor, ya que la realidad demuestra que lo "blanco" no ha conseguido hasta ahora hacer un hombre mejor, sino un hombre que, a veces, está técnicamente mejor, lo que no es lo mismo. (1) En segundo lugar, ese concepto o estima de "no preparación", descansa, a su vez, en otro de una supuesta inferioridad mental, la cual es interesadamente mantenida y propagada, olvidando que de la misma manera que hay diferentes culturas y personalidades a ellas correspondientes, hay también diferentes mentalidades, sin que la diferencia permita llevar a una conclusión de inferioridad. Se olvida que en sí, el hombre es igual a otro

(1) En todos nuestros viajes y son muchos ya los años de viajar constante y más de veinticinco los países recorridos y estudiados, hemos podido apreciar como el hombre y el grupo social, en su caso, tiende a estimarse superior en cuanto dispone de más medios materiales. Ahora bien, "tener más", no significa "ser más" que otro si el punto de consideración es, como debía ser una mejor espiritualidad, la única que puede conducir a un mundo mejor. Por ello, el "blanco" al disponer de más medios se cree en todo superior al que no lo es, desconociendo así la personalidad del llamado inferior. Podría argüirse que el "tener más" es ya síntoma de superioridad. Más si bien ello es cierto, en contadas ocasiones, en la casi totalidad no evidencia superioridad más que en un sólo aspecto: el de esfuerzo ó perseverancia, que no excluye otras cosas de mucha peor condición. En todo caso, y si tenemos presente lo que nos sucede, la mentalidad del hombre blanco, así como la de aquel que le imita, no es espiritualmente mucho mejor que la del que no lo es, siguiendo siendo el hombre que tiene la mentalidad del que guiaba la carretilla, pero que dispone de magníficos medios de civilización, según Pinder.

hombre, aunque ninguno sea idéntico a otro y que las situaciones económicas, sociales y culturales, pueden "colocar" en situaciones de inferioridad en tales aspectos, pero sin que en ningún caso las mismas impliquen correlativa y automáticamente, una inferioridad mental que dé lugar a una correspondiente protección. Lo que sucede, es que se confunden esas situaciones de inferioridad con una de índole psíquica, manteniéndose así una defectuosa organización social tanto en lo nacional como internacional (2).

[Con tales concepciones, es naturalmente muy fácil llegar a una conclusión muy extendida: a la necesidad de "proteger" a esos no "preparados". Justo es reconocer, que la protección en determinados aspectos es necesaria, señaladamente en aquello que atañe a la conservación de la vida y de la salud, pero no lo es ya tanto en cuanto se refiere a la individualidad de un pueblo o una persona, considerados éstos personalísticamente.] Tal protección encubre entonces una serie de peligros y uno de ellos, demasiado frecuente en la historia de los pueblos y de las personas, es que el protector no considere nunca al protegido lo suficientemente apto para dejar de serlo, subsistiendo regímenes de protección que no tienen por qué existir. A ese inconveniente, añadamos los derivados de cohibir el desarrollo de personalidades y culturales entre los protegidos, aumentar innecesariamente un sentido y sentimiento de irresponsabilidad en estos; el explotar a dichos protegidos; el servirse de ellos para fines totalmente ajenos y aún, adversos a esa finalidad de protección; el de hacerles poco a poco desaparecer y otras muchas más finalidades que la historia de ciertos pueblos, minorías y personas acreditan. [El protegido, así considerado adquiere la condición de un incapaz, de un retrasado mental cuando no de un deficiente mental.] Con ello, se llega aún en países que se vanaglorian de auténticamente democráticos a un prejuicio casi general contra todo lo que sea "color", bien sea éste de dentro o de fuera, aptitud que repercute en forma profunda, fuera de otros aspectos que aquí no interesan, y dentro de lo nacional, a que la con-

(2) Sobre esa igualdad y desigualdad del hombre no blanco, véase entre otras muchas cosas: "L' homme de couleur", por varios autores, colección "Présences", Librairie Plon, París, 1939 en el que se examinan las situaciones de diversos hombres de color, especialmente el de Estados Unidos, Brasil, Antillas y Haití, pero faltando, sin embargo, el estudio del indio de otros países de América, en especial el altiplánico.

dición económica, social y cultural del "color" sea infima o de notoria inferioridad respecto a la "blanca". Esa inferioridad, se trata de paliar con afirmaciones de una igualdad jurídica de todos ante la ley, afirmación visible en casi todas las legislaciones, pero que es invisible o escasamente visible en la realidad de la vida. La mayor parte de las repúblicas iberoamericanas que tienen indios, y son las más, han proclamado la igualdad de todos sus habitantes sin preocuparse de más, olvidando que una proclamación no es una varita mágica que hace a todos iguales y menos aún, idénticos, criterio que ha permitido el abandono casi íntegro del indio, bajo el "principio" de que había que protegerlo. Hasta ahora, la protección salvo casos aislados, no ha hecho más que permitir la subsistencia de la explotación indígena, partiendo casi siempre ésta de la inferioridad mental del indio que, naturalmente, se encierra más y más en sí mismo.

El concepto de protección es uno de índole peligrosa y todavía lo es más, cuando esa protección se convierte en la idea de "tutela" y se habla constantemente de "tutelar". En este aspecto, en la mayor parte de las repúblicas iberoamericanas, a quienes este problema atañe, se han sucedido dos etapas, una de plena igualdad, hija del ardor de la independencia y en la que después de la proclamación de igualdad, no se hizo absolutamente nada por el indio, salvo naturalmente escasísimos casos aislados, y una segunda, hija de un positivismo oscuro y difuso, en la que se proclama que es preciso "tutelar" al indio, al ver el estado de miseria en que se halla tanto en lo físico como en lo moral. Se olvida, que esa situación es hija más que del indio, de los que quieren ahora protegerle y que pudo fácilmente ser evitada empezando desde el principio. Ahora, sin intentar ganar el tiempo perdido, se quiere hacer algo, y se parte de un sistema de "protección" que naturalmente es equivocado por numerosos que sean los escritores que lo propugnen y aún los Congresos que sancionen tal criterio. Más que proteger, cuyos resultados son dudosos, si tenemos en cuenta la índole de los protectores, lo que hace falta es sencillamente educar sin partir de inferioridades de ninguna clase. Y añadir, a esa educación, la adecuada alimentación. La independencia ha sido para el indio, salvo casos aislados, un fenómeno histórico que para él apenas si ha tenido importancia. Es más, en buen número de aspectos ha actuado en su contra y en favor de ciertas clases dominantes

criollas que han mantenido indebidamente un régimen humano, que si tenemos en cuenta la fecha en que vivimos, es, con mucho, peor que el colonial. La protección subsistente es, una engañifa y el indio, en la inmensa mayoría de los casos sigue totalmente abandonado, señaladamente el altiplánico. Otros arguyen que por el indio nada se puede ya hacer, dado, sobre todo, lo ingente de la obra a realizar. El resultado es, que salvo excepciones, la valoración del indio como elemento humano es bajísima y que sean pocos los que de él seriamente se ocupen y que los más de los que lo hacen, partan de un criterio "proteccionista" equivocado.

El problema del indio, al igual que el de otras razas de color, que viven incorporadas a culturas que no son las suyas, sin que éstas nunca puedan ya volver, es uno de índole terriblemente compleja que sólo se puede resolver, si se quiere de verdad resolverlo. [Resulta injusto culpar a una raza de incapaz, cuando a esa raza se la rodea, envuelve y sujeta en una atmósfera de desprecio, inferioridad o de protección en el mejor de los casos. A esa raza se le achaca falta de ambición, de ningún interés por el progreso y en suma, de vivir al margen de la vida rectora del país. Sin pretender una absoluta identificación del indio con la cultura occidental que es la que rige en tales países, si se pudo haber hecho bastante más por una mejor incorporación del mismo, por un mayor ennoblecimiento de su situación.] Es cierto, que hay leyes incluso especiales para el indio, pero las mismas por ese prejuicio en su contra, por una serie de intereses económicos que le son contrarios, apenas si se aplican y siempre surge, la cuestión de que debe "protegersele", de que no es apto para determinados tratamientos, todo lo que prácticamente da lugar a que reciba en la vida una "justicia" también muy peculiar, la que corresponde a un ser inferior. Vivir introvertidamente, como consecuencia no sólo de una psicología especial, sino también de una secular opresión social y política, no significa ser un ser inferior, sino tratar de encerrarse en sí mismo para evitar en lo posible sufrir las consecuencias de un mundo circundante "protector".

Hechas estas breves indicaciones generales, que son en cierto modo el presupuesto de la criminalidad en las gentes de color [pasamos al aspecto criminológico de la delincuencia de las mismas, comenzando por la del negro, en la que existen aspectos aplica-

bles perfectamente a la del indio, en cuanto también a aquel se le estima como algo inferior, achacándose a esa su inferioridad una mayor criminalidad. Tal paralelismo, demostrará una vez más la posición del blanco, al menos en lo criminológico, respecto al indio y al negro.]

2. El negro. Respecto al negro, las investigaciones hechas en los Estados Unidos, muestran, con más o menos variantes, que su criminalidad, es casi tres veces mayor que la del blanco y la de la negra casi seis respecto a la de la mujer blanca. Tal es, el lenguaje frío de las estadísticas. En nuestro caso, y según el parecer de un buen número de criminólogos norteamericanos: Sellin, Reckless, Sutherland, Taft, Barnes y Teesters y otros con más los trabajos de algunas comisiones, la desconfianza hacia dichos datos estadísticos está más que justificada, en cuanto las cifras que dan están en su mayor parte hechas sobre el número de "arrestos" "verificados". Ahora bien, estos aumentan entre los negros en gran medida por dos motivos, uno señalado por Sutherland y que consiste en el hecho de que cuando el número de arrestos verificado por un policía ha disminuído durante un mes, lo que probablemente indicaría un menor celo por su parte, entonces le basta ir a Harlem y hacer, sin más, los necesarios hasta completar, más o menos, "su" número. Taft, señalaba el otro "incremento" de criminalidad negra, al decir que el negro es mucho más fácil de arrestar que el blanco y así, si un delito es cometido por un negro de momento no habido, la policía puede hacer todos los arrestos de negros que estime conveniente sin obstáculo alguno, procedimiento que no puede emplear igualmente con los blancos. A ello, agrega Taft, hay que añadir la mayor facilidad con que el negro es llevado a la cárcel, inculpa-do y menos beneficiado por la libertad condicional. No hace falta reflexionar mucho para ver que lo expuesto es perfectamente aplicable al indio, siendo por tanto muy expuesto hablar de la excesiva criminalidad de éste, sin antes ahondar en los datos estadísticos que aparentemente la "acreditan".

A lo dicho respecto al negro, por los autores citados, hay que agregar según ellos mismos, la mala condición social y económica en que se mueve el negro en los Estados Unidos. De hecho, sólo puede desempeñar bajos oficios y menesteres, comienza a trabajar de niño en proporción mucho mayor que el blanco, en la industria se hallan mucho más desorganizados y social-

mente menos protegidos por dos razones, una el deseo de los obreros blancos que "democráticamente" desean seguir monopolizando los oficios de mayor destreza y retribución y la otra, la negativa de considerarles, no menos "democráticamente", como camaradas o compañeros, como consecuencia de su color. Estas dos razones, dan idea acabada del enorme prejuicio que hay contra el "colored man" en los Estados Unidos, prejuicio hijo, a nuestro parecer, de una defectuosa educación cívica y religiosa y de una mal entendida democracia (3).

Todo ello lleva al negro, en los Estados Unidos, a una situación de dependencia en todos los aspectos que, naturalmente, facilita caer en la delincuencia. Vive en las peores condiciones, gana poco y se ve excluido como "algo" con lo que no se puede convivir, pero que sin embargo, se puede utilizar. El negro pues, es sólo teóricamente un igual, pero prácticamente es un "minus" realizándose de esta forma una auténtica política racista. Si a ello añadimos un pasado de esclavitud, que todavía pesa e influye, la desorganización familiar negra como consecuencia de su bajo estado social, lo deficiente de su educación, los prejuicios sociales contra ellos existentes, la explotación de que son víctimas, la carencia de una cultura propia, en cuanto son transplantados, subsistiendo sólo remotos y débiles lazos respecto a una cultura vernácula, su aislamiento y rebajamiento, a nuestro juicio todavía más corrosivo y desintegrador que en otra parte, en cuanto el mismo se da en un país en el que constantemente se habla y aún se practica la democracia, salvo para ellos, fácil es comprender la mayor criminalidad del negro, como sería igualmente comprensible la del blanco que se hallara en sus mismas condiciones. En tal mundo circundante, el negro tiene forzosamente que adquirir una actitud de rebeldía o una de derrota y tanto en una como en otra, se da lugar psicológicamente a una situación de conflicto que nunca puede resolver íntegramente. Según Dollard, citado por Taft, hay cinco caminos que, como reacción, puede el negro seguir en ese estado de crónica frustración: agresión abierta contra el blanco, lo cual es peligroso y conduce casi siempre al fracaso como demuestra el pasado; sustituir la agresividad por una actitud de sumisa pasividad; dirigiendo

(3) A más de la bibliografía científica sobre lo expuesto, la de los autores señalados, pueden verse, por autores no criminólogos, entre otras muchas obras, "Los Estados desunidos" de Pozner, "Un sudamericano en los Estados Unidos" de Luis A. Sánchez y más recientemente "El inmenso mar" de Laughton Hughes.

su agresividad contra los miembros de su propio grupo, lo cual es muy frecuente; compitiendo con el blanco y aceptando respecto a éste un estado de inferioridad (y) por último, elevándose dentro de los suyos y tratando de obtener entre ellos una posición y valor análogos a los de la sociedad "blanca", que es a lo que tienden hoy día las clases medias educadas (4).

A nuestro juicio, el mayor número de psicopatías y psicosis que las estadísticas norteamericanas muestran entre los negros, pueden en gran medida explicarse como consecuencia de esos factores desfavorables externos, a los que debe agregarse la sensación de transplante, que en mayor o menor medida, la mayor parte de los negros deben experimentar aún, con lo que tendríamos así un nuevo camino indirecto para esa mayor delincuencia del negro.

*Se ha dicho que el Sur de los Estados Unidos, es más favorable al negro que el Norte. Para nosotros, es todo lo contrario. Es cierto que en el Sur, se le trata más paternalmente, pero es a condición de que se mantenga también más domesticadamente y si hay más tolerancia para ciertas faltas suyas, de índole leve, hay mucha mayor dureza para las graves. En el Norte, puede aspirar a algo más, aunque dicha aspiración suponga el tener que vivir en condiciones más desfavorables y el caer, por ende, más fácilmente en la delincuencia, pero frente a estos terribles riesgos, tienen la posibilidad de poder llegar a gozar de una cierta independencia y de una personalidad relativa.

Naturalmente, en los Estados Unidos, se han querido ver, todos los males que el negro "muestra" en una inferioridad biológica del mismo, punto de vista que es creído y sostenido por la inmensa mayoría de los norteamericanos, unos de buena fe, basada en la ignorancia y otros, por simple interés o egoísmo. Justo es reconocer que los profesionales que se han dedicado seriamente al estudio de estas cuestiones, entre ellos los criminólogos citados, así como los integrantes de ciertas comisiones, son netamente opuestos a tan generalizado parecer, opinando que si bien es cierta la mayor criminalidad del negro, ésta se debe a las condiciones sociales apuntadas. Y ello se ha probado ser cierto, ya que cuando el negro ha mejorado sus condiciones

(4) Sobre lo expuesto, puede verse: Sutherland, cit. págs. 120-123; Taft, ob. cit. págs. 88-101; Barnes and Teeters, ob. cit. págs. 190-198; Gault, ob. cit. págs. 203-205 y Reckless, ob. cit. págs. 115-116.

de vida: económicas, sociales y culturales, su criminalidad ha disminuído en gran medida y así, se ha señalado que sólo uno de doscientos graduados de Salem, escuela superior negra, tiene antecedentes penales; que ninguno de los 800 graduados de la Universidad de Atlanta los posee; que sólo uno de 3,500 graduados de la Universidad de Fisk ha sido encarcelado y que en Mound Bayon, Mississippi, ciudad enteramente negra y en donde el "complejo" negro no se da, no se ha cometido casi ningún crimen grave en treinta años. A ello, se puede agregar, que allí donde el negro trabaja en buenas condiciones y no se siente desvalorizado, su criminalidad también decrece rápidamente. Estos argumentos, como Sutherland indica, son claramente válidos y el aumento de criminalidad no puede ser imputado a diferencias de razas. Las diferencias raciales, como factor biológico en la criminalidad, sólo pueden ser determinables comparando negros y blancos que se hallen en el mismo estado, económico, político y social. A lo dicho, puede aún agregarse, el hecho de una general evidencia contra una herencia delictiva.

Ahora bien, lo expuesto no significa que la raza sea totalmente descartada de la explicación del delito, ya que la misma puede ser un factor criminógeno en dos sentidos: primero, por la transmisión de características diferenciales, las cuales, aunque no en sí criminales, determinan un estado social y económico de una raza respecto a otras, facilitando así, indirectamente, el delito y segundo, por el "status" que la raza desempeña, incluyendo en ello su confinamiento, en virtud de las barreras impuestas por otras razas el papel que respecto a éstas realiza, los conflictos de contacto con dichas otras razas y la persistencia de las tradiciones.

[Lo expuesto, respecto al negro, en los Estados Unidos, no tenemos datos suficientes en cuanto al del Brasil, es aplicable casi íntegramente al indio, señaladamente al altiplánico, con la desventaja de que éste, dentro de su propio grupo, no puede aspirar a tanto como el negro en el suyo, por carecer de los medios culturales y sociales de que éste dispone: universidades, colegios, asociaciones, mayor cohesión, etc. Esto debería llevar al indio a una enorme criminalidad, la cual sin embargo, no alcanza las citadas proporciones por intervenir un factor psicológico, la personalidad marcadamente introvertida del indio, tan distinta a la del negro. Esa personalidad, que es la que corresponde al

tipo esquizotímico, da lugar en otros países de mayor incorporación y adaptación a una mayor criminalidad, pero no existiendo la segunda en el mundo del indio respecto al del blanco, por vivir sólo incorporado, las posibilidades de fricción, pese a su introversión, son menores, lo que explica que su criminalidad no crezca en la proporción que lo desfavorable de los factores sociales, haría esperar.)

3.— *El indio*. En orden a la criminalidad india, existe en los países iberoamericanos que la poseen, el mismo prejuicio que en los Estados Unidos respecto al negro. Como en estos, se cree, por inmensa mayoría, que las malas cualidades y delincuencia del indio, son debidas a una inferioridad biológica, a una inferioridad mental que, con frecuencia, hemos visto rotundamente afirmada.

Socialmente, el indio, salvo casos aislados, vive un "status" muy inferior al que tiene, el que no lo es. El también es fácilmente detenido, vejado y encarcelado, realiza bajos y humildes menesteres, recibe una "justicia" distinta, se desintegra su familia como consecuencia de sus pésimas condiciones sociales, se alcoholiza y se le alcoholiza, trabaja necesariamente desde muy niño y socialmente se halla, aunque existen leyes, prácticamente desprotegido. En suma, vive en una situación de servidumbre, de sumisión, de "protección" en el mejor de los casos.

Frente a esos factores desfavorables, comunes al negro y al indio, aunque su gradación sea diversa en uno y en otro, el indio, esencialmente el altiplánico, tiene la ventaja de poder disponer de una "cultura" propia, aunque muy desintegrada, no siendo un transplantado como el negro, en cuanto se halla en su propio suelo, aspecto éste que da lugar a una mayor consistencia espiritual que es preciso tener, a nuestro juicio en cuenta, para la valoración de su personalidad. Dicha cultura, aún deshecha, como hemos indicado, representa una base, un asidero y desde luego, un contenido anímico que configura y asegura la personalidad psicológica del indio, la que es poco o nada conocida del blanco, en cuanto uno y otro viven, en lo posible, de espaldas. Y justamente, en el conocimiento de esa personalidad es en donde puede hallarse, en gran medida, la solución del problema, pero hasta ahora, el blanco se ha limitado, sin ahondar en ella, a declararla "inferior" por el simple hecho de sentirla diferente. También dicha cultura, es la que a falta de otra con la que ha-

llarse identificado, incorporado no es lo mismo, le permite seguir sustentando su acentuada introversión, la que si de un lado le permite escudarse de un mundo circundante que le es desfavorable, de otro, da lugar a que aumenten los casos de desequilibrio mental de muy diverso orden, desequilibrios que pueden explicar en buen número de casos, un gran número de delitos y la tendencia al alcohol, al suicidio y la indiferencia hacia su propia salud.

En su desventaja, a más de las señaladas, tiene el indio en general su situación de escasa o nula identificación con las corrientes culturales directoras que predominan en el país y que dan la fisonomía a éste, aunque esas corrientes sean producidas. Esa separación o si se quiere, no identificación, da lugar a una serie de conflictos, que pueden resolverse en forma delictiva, por un número de personas mucho menor que el de los indios. Conviene advertir, que pese al dominio cultural que lo "blanco" ejerce en la configuración de esos países altiplánicos, culturalmente considerados, el indio, pese a su apartamiento influye a su vez en esa misma configuración, produciéndose así características extrañas y contradictorias, todo lo que da lugar a que la solución de cada problema sea más difícil que en los países que poseen una mayor homogeneidad. La dificultad se acrecienta, por la actitud del blanco hacia el indio, en la que generalmente hay poco, o ninguna comprensión, pese a todas las leyes especiales, indigenismo romántico y equivocado y actitudes de simple piedad.

El problema del indio en Criminología y en Derecho Penal, es un problema, fundamentalmente, de imputabilidad, que nosotros vamos a referir, en especial, al indio boliviano, lo que en cierto modo significa tratar también el de otros países cuya situación en este punto, es análoga a la de Bolivia. Conviene advertir pues, ello tiene gran importancia, que en contra de lo que acontece con el negro en los Estados Unidos, el indio es en Bolivia, la mayoría. Este aspecto del 'cuánto' obliga a enfocar la cuestión desde un punto de vista más peculiar y hace que las soluciones que se propugnen no sean unas de índole local ya que se trata de decidir algo no sobre una minoría, sino respecto a la mayor parte de la población de un país. Esa mayoría, pese a su exclusión cultural y directriz, modela el país, modelación que impide, como veremos, adoptar puntos de vista proteccionistas en cuanto

esto significaría "proteger" a la casi totalidad de los habitantes de una nación.

Los dos posiciones se marcan fundamentalmente respecto a como considerar al indio en lo penal y lo criminológico: una, que propugna para el mismo una legislación especial de índole protectora y que parte en lo básico de una incapacidad general del indio, de su inimputabilidad que es sustituida por una peligrosidad, sometiéndole exclusivamente a medidas de seguridad, tesis más o menos difundida dentro y fuera de Bolivia y que logra en ésta su máxima expresión en el folleto del Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Potosí, Dr. Medrano Ossio, "Responsabilidad penal de los indígenas", publicado en 1940. La posición penal del citado catedrático es netamente positivista, de un positivismo penal que pudiéramos denominar clásico, nada evolucionado, a base exclusiva de Ferri y Lombroso, sin hacerse para nada eco de las corrientes neopositivistas y todavía menos, de la nueva evolución técnico jurídica del Derecho Penal que tan brillantemente se halla representada ya en algunos países iberoamericanos como son la Argentina, Brasil y México. Su positivismo, con mezclas de pragmatismo, le lleva a afirmar que el delito es un fenómeno natural, que el indio no debe ser penalmente responsable y que es un ser únicamente peligroso, hablando de leyes meteorológicas o cósmicas del delito, conforme a los principios de un determinismo universal. Naturalmente, el citado profesor propugna un Derecho de Defensa Social frente al indio, Derecho que ni él ni nadie sabe a ciencia cierta en qué consiste. Su conclusión es que el *indígena natural y normalmente* se halla en una situación que constituye lógicamente un peligro, precisándose por consiguiente una legislación protectora del mismo ya que se trata de una persona incapaz y peligrosa (4 bis).

Justo es renocer, que el Profesor Medrano Ossio, tiene antecedentes doctrinales en que basar su arcaica concepción positivista. Entre otros, las conclusiones que en el Congreso de Criminología de Santiago de Chile, de 1942, se tomaron al respec-

(4 bis) V. Medrano Ossio, ob. cit. págs. 11, 12, 14, 15, 19, 31, etc., en todas las cuales es evidente el "positivoidismo" del citado Profesor, que habla incluso del Derecho Protector del Criminal, positivoidismo que ha intentado malamente negar en otro folletito posterior titulado "Respuesta y objeciones a un penalista", Potosí, 1944 en el que postula nuevamente la fórmula del estado peligroso, aduciendo el precepto del C. penal soviético.

to. En dicho Congreso y sin ser debidamente debatida, por exceso de temas a discutir, se adoptó el propugnar una legislación tutelar del indígena que tienda preferentemente a su incorporación a la vida civilizada. En realidad, dicha conclusión, excedía en su finalidad a la puramente criminológica del Congreso en cuanto propugnaba una incorporación del indio a la vida civilizada. Una cosa es el problema criminológico del indio, que implica también el de su responsabilidad penal y otra, el de su incorporación civilizante. En éste último aspecto, es posible que haya que recurrir no precisamente a algo tutelar, pero sí a algo de índole de defensa del indio. Ahora bien, esta tarea no puede mezclarse con el de su responsabilidad penal por tratarse de dos cosas que, aunque íntimamente unidas entre sí, tienen aspectos muy diferentes. Nadie duda de la necesidad de hacer mucho por el indígena en lo social y económico y que eso que se haga repercutirá en su "status" jurídico, pero nadie debe tampoco afirmar, sin más, que el indígena en estado normal y natural constituya un peligro para la sociedad y que por consiguiente haya que aplicarle, sin más, el concepto de 'peligrosidad penal.'

La labor de protección del indígena puede perfectamente realizarse sin rebajar la personalidad de éste, tratando de protegerlo a él, atinente en una convivencia juridicosocial o sea, sus bienes, su organización familiar, su cultura, etc. Ahora bien, esta protección no tiene por qué presuponer en el titular de tales bienes, familia y cultura, un estado peligroso de índole penal, sino sencillamente estimarle al igual que los demás, cuya protección jurídica se hace sin afirmaciones de incapacidad o peligrosidad. Partir de un concepto de inferioridad psicológica o biológica, es cometer un serio error porque no se es exactamente inferior en todos los aspectos de la vida. Una inferioridad social o jurídica, una situación de servidumbre no significan por sí que quienes en ella se encuentren sean seres normalmente peligrosos y todavía menos respecto al Derecho Penal que, como veremos, representa en cuanto a exigencias el mínimum del mínimum. La confusión se debe a postular un positivismo, cuyo error metódico es ya de todos conocido y sobre el cual no hay por qué detenerse aquí.

La posición de positivistas y "positivoides" parte de que el indio es algo distinto, por inferioridad, respecto a los demás, que es una especie de "minus" que hay en todo instante que pro-

teger, lo cual no es cierto. Se confunde así inferioridad social con inferioridad biopsicológica y una vez más se deja de comprender al indio. Afortunadamente esta tesis de inferioridad va abandonándose por aquellos que seriamente han estudiado el problema del indio y así, el Dr. Alfonso María Mora, en sus ponencias al primer Congreso Indigenista Interamericano de México, parte de que el indio tiene iguales aptitudes que los demás hombres, mereciendo, por ende, un trato igual a los demás, con lo que la tesis del señor Medrano Ossio cae por su base y ello por exigencias y consideraciones simplemente humanistas, ya que no es dable partir de un estado natural de peligro en el ochenta por ciento de la población de un país (5).

—Diferenciándose notablemente de la tesis “peligrosista-proteccionista”, se halla la que aún admitiendo, conforme a la realidad, una inferioridad *social* del indio, no cree que la misma lleva a la conclusión de una incapacidad general intelectual del mismo y menos aún, a creerle natural y normalmente una persona peligrosa. Dicha tesis no parte tampoco de la concepción del ‘delito natural’ y en cuanto a la peligrosidad, reduce la aplicación de la misma a los justos límites, sin manejarla como una fórmula maravillosa que puede todo resolverlo. Tampoco, y ello sin ser libre-arbitrista, admite “eso” de un determinismo cósmico.

—De las dos tesis, vamos a ocuparnos de la segunda, articulada y propuesta por nosotros en nuestro Proyecto Oficial de Código Penal boliviano. La primera, todavía sustentada por profesores como el citado, no merece ya más comentario. En todo caso, la misma irá siendo rechazada a medida que vayamos examinando las cuestiones siguientes: imputabilidad; inferioridad social y mental; igualdad e identidad; exigencias culturales del Derecho Penal; la pretendida mayor criminalidad del indio; problemática del concepto de indio y repercusiones de una legislación penal protectora.

* A.—Imputabilidad. La cuestión de la responsabilidad penal del indio, aún siendo una de índole singular, como puede serlo la del sordomudo o ciego, no es más que un aspecto de los múltiples que puede ofrecer la imputabilidad en materia penal ge-

(5) V. Alfonso María Mora, “La conquista española juzgada jurídica y sociológicamente” (Fuentes históricas de legislación social indígena). Ed. Americalee, Buenos Aires, 1944, págs. 331-334.

néricamente considerada. Partiendo de ello, es evidente que la misma puede ser resuelta dentro de esa imputabilidad genérica, incluyendo en ésta aquellos preceptos que se refieran a la singularidad que representa la inimputabilidad del indio.

*La imputabilidad penal, es algo de índole amplia y la inimputabilidad, aunque genéricamente puede ser también concebida y formulada, representa un concepto de excepción respecto al anterior y por ende, ha de referirse a éste. Con ello, se llega a la conclusión de que las excepciones a la imputabilidad no precisan forzosamente el ser formuladas mediante excepciones, una a una enumeradas, sino que técnicamente pueden ser llevadas a una fórmula común, cuya flexibilidad permita comprender todos los casos posibles que puedan presentarse como de inimputabilidad. En éste aspecto, el Derecho Penal moderno va abandonando el sistema de excepciones: enajenado, sordomudo, ciego, etc. y reduciendo, en lo posible, ese sistema de "numerus" por otro, de una o dos expresiones amplias que contengan en sí las excepciones que la realidad pueda ir presentando. Con ello, el paralelismo técnico jurídico entre imputabilidad e inimputabilidad es mucho más correcto.

Esas excepciones de inimputabilidad, no hacen falta pues, que sean formuladas casuísticamente, como una serie de casos previstos, a manera de providencia, por el legislador, ya que dicho sistema a más de no ajustarse a la realidad de la vida, tiene el inconveniente de multiplicar las interpretaciones respecto a una misma finalidad de la ley. La de ésta, en el caso concreto que nos ocupa, es la de exculpar a quien en el momento de su acción u omisión y a causa de una enfermedad o trastorno mental o por una evidente insuficiencia intelectual, es incapaz de comprender lo antijurídico de su conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento. En verdad, tal redacción o cualquiera otra, más o menos parecida, tiene la ventaja de poder abarcar todos los casos de inimputabilidad que pueden presentarse. A dicha fórmula y en cuanto constituye un principio legal favorecedor, puede agregarse la relativa a la minoridad penal, pero sin olvidar que ésta, en el fondo, no es más que un aspecto de la incapacidad de comprender a que se refiere la redacción anterior, con una referencia a la edad, con lo que en puridad, la fórmula de la inimputabilidad, con otra redacción, podría reducirse a una sólo.

A este criterio se ha llegado, superando el sistema casuístico de señalar si se tenía o no discernimiento, del sordomudo, de la fiebre puerperal, etc. sistema que todavía subsiste en algunos códigos, como resabio de viejas concepciones técnicas. ¿Para qué entonces, agregar o crear uno nuevo con el indio? Lo que interesa en la redacción de una fórmula de la inimputabilidad, como configuración de un concepto jurídico que es, no son las formas de aparición de la misma, que pueden ser innumerables, sino el estado que las mismas significan y que respecto a todas ellas tiene que ser idéntico: el privar de la imputabilidad, privación que ha de producir los mismos efectos cualesquiera que sea las causas de los diferentes casos de inimputabilidad.

En tal sentido, a esa inimputabilidad se puede llegar, tanto siendo blanco, negro, amarillo o indio y el hecho de que por diversas razones, la misma pueda manifestarse más frecuentemente en uno de esos colores, no autoriza el que se redacte un precepto singular y menos aún, una legislación especial, de la misma manera que el hecho de que ciertas enfermedades mentales, den un contingente mayor de inimputables, no autoriza a redactar una legislación penal especial, basándose en la singularidad o peligrosidad que las mismas representan.

Pese a todas sus múltiples manifestaciones, la imputabilidad y su opuesta la inimputabilidad pueden ser reducidas a una unidad respectivamente.

* B.—Inferioridad social y mental. Con un criterio simplista ciertos indigenistas, establecen la identidad: inferioridad social e inferioridad mental, llegando así a la conclusión de la peligrosidad del indio. Al hacer esto, ignoran tres cosas, una lo que es peligrosidad, otra, la configuración cultural del indio y otra última, la de desconocer o pasar por alto ciertos aspectos de la Psicología aplicada.

—Respecto a la primera, los tales, manejan desembarazadamente el concepto penal de peligrosidad y adjudican esta condición, como si la misma no representara una serie de requisitos previos, en cualquier momento y a cualquier persona. Para mostrar cuanta ligereza e ignorancia se halla en esa actitud “pródiga” de la peligrosidad bastará recordar aquí algunas definiciones de la misma para ver como los “peligrosistas” a pesar de serlo, desconocen lo que es peligrosidad penal. Ofreceremos definiciones, desde diversos puntos de vista, todos ellos ig-

morados por los susodichos "peligrosistas" que manejan una cosa que no conocen,

Para Garófalo, el estado peligroso sirve para designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente. Para Florián, ha de entenderse por ella, el estado, aptitud o la inclinación de una persona para cometer, con gran probabilidad, casi certeza, un delito. Para De Marsico, cabe distinguir entre una peligrosidad social o sea una aptitud para violar en general una ley penal y peligrosidad, que se refiere a la probabilidad de nuevas violaciones penales. En ambos casos, se trata de algo más que de una posibilidad, en cuanto es la probabilidad de una capacidad para delinquir. Para Grispigni, es la muy relevante probabilidad de que un sujeto cometa un delito y según Soler, que se muestra adverso a su empleo, es la probabilidad de que un sujeto cometa un delito. Para Exner, la peligrosidad es una situación durable que implica una indiferencia a la actuación de la pena.

Las definiciones expuestas, hijas de muy diversas tendencias penales, coinciden, sin embargo, en que el estado peligroso o bien deriva de una perversidad constante, fórmula a la que puede equiparse en cierto modo la postura de Exner o bien constituye una casi certeza, mucha probabilidad de que se va a cometer el delito. Ambas posiciones parten de un estado existente de una situación que naturalmente ha de tener una cierta permanencia y que ha de llevar al delito. Y ante eso, cabe preguntar ¿es que el indio, esencialmente el andino, que es el que a nosotros nos interesa, muestra esa perversidad o estado constante o cuando menos durable, de peligrosidad criminal por ser muy probable en él cometer delitos?. Cualquiera que conozca la vida del indio indicado, tiene que responder rotundamente, no. La vida del indio andino es mísera, dura y aún en muchos casos pródiga en alcohol y otros elementos criminógenos, pero tales factores, sabemos ya que no llevan forzosamente a la delincuencia. En contra de lo que se cree o parece creer por esos indigenistas "positivoides", la criminalidad del indio es reducida, pese a la serie de factores desfavorables que le rodean, y no se advierte en él, esa perversidad ni tampoco una disposición o estado *constante* que signifiquen probabilidad delictiva, si hemos de atenernos a lo que ha de entenderse por peligrosidad penal, concepto éste que no debe ser

ampliado o menejado ligeramente. El hecho de que una persona se halle en difícil situación social, en una inferioridad neta de ésta índole, no debe llevar a la conclusión de que la misma es una especie de "minus" o, que sin serlo, es por así hallarse, una persona peligrosa. Existen infinidad de seres que se encuentran en tales condiciones sociales inferiores, sin que los mismos sean, peligrosos.

Lo que sucede es, que el señor Medrano Ossio, al igual que otros "positivoides", no se han molestado en estudiar lo que es peligrosidad, teniendo del Derecho Penal, un concepto pintoresco, acomodaticio en el que todo puede resolverse a base de esa "peligrosidad" confusa y difusa que ellos manejan. Sólo así, en virtud de esa ignorancia, puede explicarse el que se diga, que el indio en estado normal y natural es un ser peligroso para la sociedad. Conforme a la tesis del citado profesor potosino, grandes sectores de la población de Bolivia, en realidad casi su totalidad, se hallarían en estado peligroso, con lo que se daría lugar a la existencia de un país, cuya inmensa mayoría se encontraba en un estado que les lleva con mucha probabilidad al delito, es decir, tendríamos un país casi exclusivamente constituido por muy probables delincuentes. La conclusión a que lleva la tesis de tan curioso profesor no merece más comentario, siendo cuando menos pintoresca.

— En segundo lugar, tales "peligrosistas", que en si considerados son los verdaderamente peligrosos, ignoran la configuración cultural del indio y piensan que éste, respecto a los problemas fundamentales de la vida, se muestra como un ser inferior por el simple hecho de que no los enfoca, y resuelve al igual que los demás. El indio, como ya dijimos, a diferencia del negro, posee, aunque sea atomizada, una cultura propia que sigue constituyendo aún el substratum de su personalidad, en cuanto no ha sido íntegramente sustituida por la del blanco, respecto a la cual no se halla más que incorporado y no identificado. Para el indio, conforme a esa su concepción cultural del mundo y de la vida, lo fundamental es la tierra y en torno de ésta hace girar toda su actividad psíquica, que surge así modelada en forma distinta a la del blanco para el que la tierra tiene un valor mucho menos importante y que se comparte con otros valores culturales. Por ello, la mentalidad del indio es una mentalidad diferente, algo "terréamente" configurado, que establece una peculiar impronta en su

voluntad, amor, valor, sentimientos, etc. Toda su vida volitivo-afectiva, se halla modelada distintamente a la nuestra, en cuanto para nosotros existen además y a veces, con mayor importancia, otros valores determinantes y configuradores de nuestra personalidad.

Ahora bien, 'modelación distinta', no significa forzosamente 'inferioridad' pues, tanto valdría como considerar inferiores al chino o al indio asiático por el simple hecho de que sus sentimientos, entendimientos y voluntad se hallan configurados, "dirigidos", de acuerdo a un mundo empírico cultural distinto al nuestro. Tales seres, y también el indio andino, poseen su voluntad y tanto la poseen que si bien reflexionamos, su personalidad, su íntima autenticidad no ha sido nunca dominada pese a los siglos que llevan sojuzgados, lo que revela un fuerte contenido espiritual, aunque su ámbito sea reducido, y una tenaz voluntad, en suma, un conocimiento. De lo expuesto, se deduce la imposibilidad de llegar a la afirmación de una incapacidad mental o volitiva del indio y menos aún para decir, que los mismos normalmente son peligrosos.

— Por último, la Psicotecnia nos muestra frecuentemente que 'inferioridad social no implica necesariamente, inferioridad en lo mental', ser una especie de "minus", en cuanto en capas sociales inferiores se hallan con frecuencia personas perfectamente dotadas para toda clases de profesiones, actividades y menesteres y si las mismas no logran alcanzar unas y otras, ello se debe a los defectos de un sistema social económico, a base de privilegios.

Es cierto que quien se halla en condiciones sociales inferiores, tiene más probabilidades de permanecer estacionario y por ende, desarrollar una menor capacidad intelectual y volitiva, pero ello se debe en gran medida a las desigualdades y privilegios apuntados y aunque esa incapacidad se deba, en ciertos casos, a una insuficiencia biosicológica como consecuencia de ese peor estado social, especialmente en orden a la nutrición, salud y educación, tales supuestos no permiten llegar a una conclusión general de incapacidad mental pues, no todo defecto en la salud significa disminución o pérdida de la misma, ni tampoco la carencia de educación implica una inteligencia menor pues, se trata de dos cosas distintas.

En las grandes ciudades, existen inmensos sectores de población, que socialmente representan el último estrato y sin em-

bargo, a nadie se le ha ocurrido, la idea peregrina de declararles genéricamente en estado de peligrosidad penal, por esa su inferioridad social económica. El indio, es también el último estrato en determinados países iberoamericanos, pero esa su terrible situación de servidumbre, no significa paralela y absolutamente que sea un "minus" intelectual, sino sencillamente un hombre explotado. La historia muestra cómo una inferior condición jurídica o social, un no tener o poseer nada, no implicaba un no tener inteligencia y así, en Atenas y Roma, los maestros, educadores y preceptores salían fundamentalmente de las clases inferiores, de los esclavos. El indio, por consiguiente, posee una cierta capacidad de conocimiento, la cual como veremos después es más que suficiente para establecer una imputabilidad y responsabilidad penales, si se tiene en cuenta lo que el Derecho Penal exige.

* C. † Igualdad é identidad. Se trata de dos conceptos que son frecuentemente confundidos y sobre los cuales conviene volver a insistir. El primero, representa algo de índole política y tiende a establecer el principio de que todos son iguales ante la ley. El segundo, implica el que partiendo de esa igualdad política cada uno reciba en lo penal, un tratamiento de acuerdo a su personalidad. El primero, significa que no haya tribunales especiales, el otro que cada cual, reciba la sanción penal adecuada a su conducta o en su caso, no reciba ninguna; el primero, es un principio general, el segundo, supone un tratamiento particular que parte de ese principio de igualdad. Por eso tuvo perfecta razón el Senado Boliviano, cuando se opuso a una consideración desigual ante la ley de los indios, basándose en que todo trato de excepción significaba negar los principios democráticos. El Prof. Medrano Ossio, al criticar tal decisión, confunde lamentablemente igualdad con identidad y llevado de su obsesión "peligrosista", pretendió, por fortuna sin éxito que a las cuatro quintas partes de los bolivianos se les declarara por ley, irresponsables o peligrosos.

El repetido profesor, desconoce igualmente lo que debe entenderse por imputabilidad penal y confunde la igualdad con la identidad. Todos son iguales ante la ley y dentro de esa igualdad a lo que debe tenderse es que cada cual reciba el tratamiento adecuado, lo que es perfectamente factible con un sistema de penas y medidas de seguridad, sin recurrir previamente a declaracio-

nes de "peligrosidad" general. Esa no identidad de cada delincuente, hará que el indio puede recibir en todo caso el tratamiento penal adecuado. Para ello, bastará hacer consignar en el Código, como lo hemos hecho en el Proyecto Oficial que hemos redactado, aquellos preceptos que determinan ese tratamiento singular y todo ello, sin necesidad de establecer genéricamente una peligrosidad que no existe en la realidad.

* D.—Exigencias culturales del Derecho Penal. Entre el Derecho y la Cultura hay una íntima relación. El Derecho es manifestación cultural, que varía según la índole de la Cultura de que se trate. Conforme a ella, podemos preguntarnos si el Derecho Penal, para hacer responsable a alguien respecto a un sistema de valores, debe exigir que ese alguien se halle sólo incorporado a la Cultura, comprensiva de esos valores, o si más ampliamente debe pretender que ese alguien se halle identificado con esa Cultura.

Con incorporación e identificación expresamos dos conceptos distintos, el primero significa un formar parte, un constituir un cuerpo más o menos homogéneo; el segundo, no sólo eso, sino además coparticipar en los mismos conceptos, creencias, valores, costumbres, etc. En el primero, hay simplemente un participar, sin que ese participar signifique identificación de ideales o de fines, en el segundo, una integración en esos ideales o fines. La distinción entre ambos conceptos es fácil de ver y así se puede estar incorporado a la cultura china en cuanto se vive en ella y a ella y sus exigencias hay sometimiento, pero al mismo tiempo puede no estar identificado con los valores culturales de la misma que configuran dicha cultura: honor, dignidad, valor, moral, etc. Esa distinción, se da en toda cultura, en cuanto ninguna es sentida o integrada en todos sus aspectos por todos y cada uno de los individuos que la viven. Aún en las culturas más sencillas, ningún individuo, llega a conocer el contenido íntegro, y por tanto a integrarse en él, de esa su cultura. Tampoco hay pues, identificación total con la sociedad en que se vive.

En toda cultura hay varios círculos culturales, hallándonos por tanto simplemente incorporados respecto a unos e identificados en cuanto a otros. Se estará identificado respecto a aquellos en los que se vive y en los cuales cada persona actúa culturalmente se estará sólo incorporado respecto a aquellos en los que no se actúe o se intervenga sólo transitoriamente. Puede haber al mis-

mo tiempo incorporación e identificación y se hablará, en términos generales, sólo de la primera, cuando aún hallándose identificado con ciertos círculos culturales, sólo se participe en aquellos que deban estimarse como dirigentes en la cultura de la sociedad de que se trate. Y justamente, ésto es lo que acontece en Bolivia y en países análogos con el indio. Este se halla identificado con ciertos círculos culturales menores, pero no se halla más que incorporado o agregado respecto a aquellos que configuran fundamentalmente los elementos predominantes de la cultura boliviana.

¿Significa el hallarse sólo incorporado a los elementos rectores de una cultura, el que no se puede hacer responsable penalmente a quien así se halle, de las infracciones por él cometidas contra ese sistema rector? Evidentemente no, pues el Derecho en general y el Penal en particular, no exigen nunca una identificación, sino una simple incorporación al sistema u ordenamiento jurídico imperante. El hecho de que una persona no "sienta" o "integre," por sí, todos los aspectos culturales de la sociedad en que vive, no le libera de una observancia jurídica respecto al ordenamiento general existente. Es más, podríamos decir, que todo delincuente es, en principio, el desconocedor o violador de una norma de cultura, de un sistema de valores al que se halla sólo incorporado y no identificado.

Respecto al Derecho Penal, la incorporación que se exige, es la más modesta de todas, representando, respecto a un sistema de valores, la exigencia del mínimo de un mínimo ético. Así, mientras el Derecho Civil o el Administrativo, exigen una incorporación más amplia derivada de la índole de los mismos, de un mayor contacto con su contenido, el Derecho Penal sólo exige, en términos generales, un no matar, no violar, no dañar, no apoderarse de lo ajeno, etc. aunque los tipos penales sean más numerosos que tales exigencias mínimas básicas. Culturalmente, el conocimiento que éstas exigencias implican, es también, si se las compara con las establecidas por el Derecho Civil o el Administrativo, de índole mínima, estando por consiguiente al alcance de una capacidad intelectual de naturaleza igualmente mínima.

Ahora bien, la criminalidad del indio andino, pese a su "estado peligroso" que caprichosamente se le asigna, es de tipo rudimentario y muy limitada, obrando las más de las veces, el indio bajo influencias externas de malos tratos, resentimiento, alco-

hol, etc. Sus delitos son principalmente los de homicidio, lesiones y violación y en menor medida, los dirigidos contra el patrimonio. Tales conductas, son consideradas como delictivas tanto en su reducido círculo cultural—subcultura— como en los círculos universales o generales de la cultura boliviana. Respecto a tales actos, su círculo cultural le suministra los elementos necesarios para saber que son delictivos y para presuponer en él una imputabilidad—capacidad penal—respecto a ellos, salvo excepciones personales, en cuanto desde tiempos remotos y conforme a una concepción cultural incaica, todavía en esto subsisten, el matar, herir, violar y hurtar eran conductas penadas por la ley.

Recordemos, en apoyo de nuestra tesis, que el Derecho Penal incaico a diferencia del germánico y coincidiendo en este importante aspecto con el romano, fué un Derecho Penal subjetivo o sea, que exigió en todo instante, salvo las excepciones de una técnica penal imperfecta, la existencia de elementos emocionales en el delincuente, elementos que naturalmente perviven y que suponen que el indio de entonces como el de hoy, respecto cuando menos a hechos delictivos fundamentales o graves, posee una imputabilidad adecuada (6).

✧Nuevamente hemos de indicar que el indio andino, por muy bajo que social y culturalmente haya caído, tiene una vida emocional y afectiva que le hace distinguir perfectamente lo que debe y no debe hacer respecto a determinados bienes jurídicos o valores culturales fundamentales. Posee también su inteligencia que no deja de serlo, por el hecho de no ser vivaz y posee también sagacidad, astucia y capacidad crítica como certeramente han hecho notar respecto al boliviano altiplánico Alcides Arguedas y Gustavo Adolfo Otero en sus obras respectivas. (6 bis). Que tales cualidades se hallen dirigidas en sentidos distintos a los nuestros, que el indio sufra de aislamiento y que no tenga el nivel social a que como hombre tiene derecho, no significan que sea un irresponsable o un ser peligroso. El indio, gracias a su

(6) Sobre Derecho Penal inca hay muy poco y ese poco parece no es muy conocido por los "peligrosistas". V. principalmente, Jorge Basadre, "Historia del Derecho peruano". Ed. Antena, Lima, 1937, págs. 202-216 y más recientemente la publicación de José Varallanos, "El Derecho Inca, según Felipe Guaman Poma de Ayala", con notículas suyas, Lima, 1943, en varios lugares y especialmente, págs. 57-68 y 122-138.

(6 bis) V. especialmente: Gustavo A. Otero, "Figura y carácter del indio" (Los ando-bolivianos). Barcelona, sin fecha, en donde se hace un estudio detenido del indio altiplánico boliviano con evidentes aciertos.

introversión profunda, sigue siendo indio y lo será siempre por mucho que se empeñe el blanco o el mestizo en perseguirle, no entenderle o despreciarle. Su personalidad, configurada por una cultura todavía no totalmente muerta, aunque ya no puede retornar, estará siempre intacta aguantándolo todo y en muchas ocasiones, venciendo la serie de factores desfavorables que desde siglos la vienen rodeando. Hay, por consiguiente, en el indio biológica y psíquicamente, elementos intelectuales y emocionales más que suficientes para partir de una imputabilidad genérica que puede ser negada individualmente por las excepciones, no menos genéricas, de los casos de inimputabilidad.

En términos generales, y según nuestras observaciones y anotaciones, puede afirmarse que allí donde el indio ha sido tratado y atendido humanamente, él mismo ha respondido conduciéndose con inteligencia, aplicación, actividad y gratitud. Lo que sucede y ello es trágico decirlo, es que hay más interés en mantener al indio en una servil condición que en librarle de la servidumbre en que se encuentra sumergido.

A todo lo expuesto añádase, el hecho de que la vida actual del indio, con ser aislada, no es de aislamiento absoluto pues, trabaja o sirve en la ciudad o en las fincas, desempeña ciertas funciones, hace el servicio militar, mal que bien dispone de escuelas, va y viene a las ciudades y lugares, etc. todo lo cual le permite ir adquiriendo ciertos conocimientos culturales, que, aunque no amándoles siempre, hacen que poco a poco vaya sintiéndose más incorporado a los mismos y su capacidad de conocimiento progresa, afirmándose con ello su imputabilidad y responsabilidad penales, salvo repetimos, las excepciones consiguientes.

E.—*Criminalidad del indio.* El hecho de que sea el indio, el que casi exclusivamente pueble las cárceles bolivianas, al igual que en países análogos, no acredita tampoco su pretendido estado peligroso, ni su consiguiente mayor criminalidad, sino simplemente que son los más y su desamparo social. Por ser los más, es lógico que su porcentaje sea mayor, pero en contra de lo que cabría esperar ese mayor porcentaje de reclusos indios no es debido a su mayor número dentro de la población, sino a su mayor desasistencia social dentro de la misma.

En los datos por nosotros recogidos en las cárceles bolivianas de La Paz, Sucre, Cochabamba, Oruro, Potosí, Santa Cruz y otros lugares, los indios eran los reclusos más numerosos, pero

ello no quiere decir que su criminalidad sea igualmente, la más frecuente, sino que a diferencia del blanco y del mestizo, socialmente mejor situados, no podía eludir como éstos el encierro o la condena. Muchos de tales reclusos no acertaban a explicarse por que se hallaban allí y otros, aún sabiéndolo, llevaban meses y meses sin que nadie se ocupara de ellos y esto pese a las visitas de cárcel que los magistrados periódicamente hacen.

La criminalidad del indio es mucho menor que la del blanco o mestizo. Son éstos los que actúan en los círculos culturales dirigentes, interviniendo en política, en la administración y en los negocios, tres aspectos en los cuales, la delincuencia a más de ser más frecuente es en gran medida impune, circunstancia ésta que no excluye la tipicidad penal y por ende la existencia real, aunque no efectivamente sancionada, de una criminalidad mucho mayor que la del indio. Tampoco aquí hay pues, que fiarse de las estadísticas ni de las cárceles, en cuanto ninguna de las dos refleja la realidad penal boliviana y muy probablemente la de otros países en situación análoga.

F.—*Problemática del concepto de indio.* Los teorizantes de la peligrosidad, olvidan una importante cuestión: ¿Quién es indio?. ¿Dónde empieza y dónde acaba el indio?. ¿Qué criterios van a seguirse para saber quién lo es y quién nó?. Y ante éstas preguntas, sin una respuesta cierta, podemos preguntar nuevamente ¿cómo es posible que se pueda emitir una teoría general de la peligrosidad, respecto a una inmensa parte de la población, cuando en muchas ocasiones no sabemos donde empieza ni donde acaba esa misma población. Es cierto, que en muchos casos la determinación del indio podrá hacerse, pero no lo es menos que en otros racialmente considerados, saber quien es indio, o hasta qué medida lo es, será una cuestión insoluble. Determinar quién es indio por razón de vestimenta, residencia, costumbres, color y otros criterios sería en extremo inseguro, sobre todo, si tenemos presente que muchos indios hacen vida análoga a la que podría hacer un blanco de modesta condición social. Conforme a ese absurdo criterio de peligrosidad, todo indio, estuviera más o menos incorporado a la cultura rectora sería peligroso, y si aun no se siguiera éste criterio, limitándose al indio rural, el sistema sería también injusto pues, tal condición no significa precisamente inferioridad ni peligrosidad. Habría pues que ir descendiendo, delimitando y terminar en el caso concreto que es precisamente lo

que nosotros propugnamos sin necesidad de decir que el indio normalmente es un ser peligroso. Basta partir de un concepto general de imputabilidad y aplicar en cada caso concreto las excepciones de inimputabilidad, que tanto pueden recaer sobre una persona de color como nó.

Hay indios de indios. Los habrá selváticos, imbéciles, deficientes o retrasados mentales, pero también los habrá que serán empleados, obreros, mineros, modestos comerciantes, agricultores, escritores, artistas y aún profesores pues más de uno y bueno hay en alguna Universidad boliviana. Ser indio no es por consiguiente ser algo inferior, sino sólo eso: indio, un hombre igual a otro hombre cuya inimputabilidad, aún siendo más frecuente por su mala situación social-cultural, no debe llevar a la conclusión de una incapacidad general del indio. Biológicamente, no hay medio de determinar cuando alguien, en virtud de una unión mixta, deja de ser indio para ser más bien mestizo y cuando éste deja de serlo para convertirse en blanco. Estas y otras expresiones, tienen sólo un valor convencional, de clase que únicamente son admisibles cuando con ellas no se quiere dejar fuera a unos hombres que, en principio y si se les diera los medios adecuados, podrían llegar a ser tan capaces como los demás en aquellas actividades que actualmente y por un sistema irritante de privilegios y convencionalismos, les están vedadas.

G.—*Repercusiones de una legislación protectora.* Por último, cabe preguntar si los “positivizantes”, han meditado bien, sobre lo que significaría psicosocialmente la declaración de que el ochenta por ciento de la población de un país es incapaz o se halla normalmente en estado peligroso, necesitando ser legalmente protegida. Los efectos serían sencillamente desastrosos, ya que implicaría sumir a casi todo un pueblo a la condición de “minus”, declarada ésta por la ley. ¿Cómo entonces esperar el resurgimiento de un pueblo, al que se comienza, no siendo cierto, por declarar peligroso y sometido a tutela?. ¿Se ha pensado seriamente en los efectos psicológicos que ésto produciría?. El indio no es un mentecato y se daría perfectamente cuenta de su situación de inferioridad legalmente agravada, de la que sólo podría salir, suponemos, si unos señores, por lo común un poco menos indios que él, mejor vestidos, le declaraban, tras unas pruebas, capaz de ser igual a ellos. Volveríamos en cierto modo a los remotos

tiempos romanos de otorgar una manumisión y a que existieran como una especie de "mentis captus", que sólo serían íntegramente personas cuando unos y cuantos señores lo juzgaran conveniente.

Ha pasado ya el tiempo de las legislaciones protectoras, salvo para el enfermo, el niño y el joven, legislaciones que nunca han dado resultado práctico alguno, en cuanto el protector difícilmente abandona su papel de protección. Históricamente, esas leyes pudieron explicarse y aún justificarse, como consecuencia de concepciones culturales hoy superadas. Todo sector de un país al que se le declara superior, y esta declaración aparecería netamente con tal sistema, tiende no sólo a conservar su papel de protector, sino lo que es peor a dominar, a sojuzgar, manteniendo un régimen que en fin de cuentas, proporcionará a ese sector "superior" apenas menos indio que el otro, una serie de beneficios.

Todo sistema proteccionista, propende al abuso, a mantener sistemas de explotación que un sentido humanista del hombre y de la vida, rechaza. La inferioridad ya hemos visto, al hablar del negro a que da lugar, a mayores resentimientos, conflictos y también delitos. Nada de diferenciaciones, sino igualdad humana absoluta la cual no excluye en virtud de una no identidad, el tratamiento adecuado que cada cual merezca.

Al indio, en todos aspectos, debe tratársele como a persona, sin afirmaciones genéricas de inferioridad que le rebajarían aún más de lo que está. Se precisa elevarle, llevando a él un sentido de igualdad que no existe y que le niega esa pretendida peligrosidad. En vez de decirle, incluso legalmente que es un incapaz, decirle que es una persona y tratarle como a tal. Claro es, que todo ésto presupone una decidida voluntad de querer hacer humana y debidamente las cosas, mucho tiempo, grandes sacrificios, renunciando de privilegios y aún ciertos fracasos al comienzo de la tarea, pero es preciso empezar y es además el único camino honrado que el hombre respecto a una parte considerable de sus semejantes, puede y debe seguir. Declarar su incapacidad general, su irresponsabilidad o su estado peligroso, no es más que hacer el juego a los intereses y privilegios que ciertos grupos sociales

detentan contra el indio, es coadyuvar a su situación de rebajamiento, a que en forma miserable sea un protegido, él que es casi la totalidad de un país y aún el soporte de éste.

MANUEL LÓPEZ-REY Y ARROJO.

Catedrático de Derecho Penal y de Criminología
en la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz.
