

Max Maureira Pacheco\*

## Política criminal e indigenismo. Fundamentos jurídico-teóricos de la política criminal indigenista<sup>1</sup>

**Resumen:** La violencia soportada por las comunidades indígenas ha sido una violencia jurídica. Ella se ha cimentado en una particular comprensión jurídico-política de la ciudadanía, que es la que queda en el centro de este trabajo. La superación de la misma se presenta determinada aquí mediante la consolidación del ciudadano libre indígena, que quiere ser quien es. La realización de esta circunstancia de la libertad se ve fortificada, asimismo, por la valoración del indígena, exaltada por el indigenismo. Las consecuencias que ello tiene para la política criminal son incuestionables, y de ellas se trata en estas líneas. Ellas son las que dan una nueva orientación político criminal a los márgenes de la violencia penal, las que determinan un nuevo quehacer conjunto en la determinación de los límites del *ius puniendi*.

**Summary:** The violence suffered by the indigenous communities has been juridical. It has crystallized into a particular juridical-political comprehension of citizenship which is a focus of this study. The transcendence of this same condition is to be obtained through the figure of the indigenous free citizen who aspires to be what he is. The realisation of this circumstance of liberty has been exalted with the valuation of the indigenous by the “indigenism”. There are obvious effects on criminal policy, and the arising new criminal and political orientation on the fringes of penal violence also presupposes a new, joint task in the determination of the limits of the *ius puniendi*.

La política criminal, entendida como parte de la política, de aquel conjunto de acciones que concretan una praxis proyectada en y por el Estado, está determinada por un quehacer previo. En este sentido, la política es anterior al Estado, lo presupone. El quehacer del Estado que nos va a ocupar aquí es el criminal, es decir, el relacionado con el delito, con el crimen.<sup>2</sup>

\* Docente e investigador, Universitat de València (España).

1 Este trabajo fue realizado durante la estancia que desarrollé en el Ibero-Amerikanisches Institut, entre abril y junio de 2004. Expreso aquí mis sinceros agradecimientos a quienes la hicieron posible.

2 La comprensión aquí expuesta se puede resumir con la frase: “toda norma jurídica traduce una decisión política”. A su respecto, vid. Zaffaroni (1977: 59).



La violencia última, concentrada por definición en la instancia estatal, plantea la pregunta qué hacer con ella, cómo utilizarla, con qué límites, bajo qué supuestos, en qué casos concretos. Estas preguntas son, precisamente, las que exigen respuestas prácticas; respuestas que, no obstante, sólo pueden ejecutarse desde un supuesto que las fundamente. Este supuesto es el que dirige el actuar, el que orienta los actos políticos. La política criminal, pues, depende del fundamento que le da sentido. Así, que, por ejemplo, exista actualmente el compromiso político de reconocer a las, así llamadas, culturas precolombinas, se debe a una política que se define en tales términos, la cual, a su vez, se proyecta en el derecho penal.

Es parte del quehacer fáctico de los actores políticos de los Estados latinoamericanos, en efecto, la reivindicación de esta herencia. La novedad de la misma está determinada por una valoración particular, la de la diversidad. Las culturas precolombinas representan lo diverso y, en esta medida, son valoradas. La expresión de esta valoración es la que concreta históricamente en América Latina, de manera paradigmática, el indigenismo.<sup>3</sup> El indigenismo realiza políticamente la valoración estatal de estas culturas, empeñándose en la inclusión de los indígenas<sup>4</sup> al quehacer estatal conjunto. Este esfuerzo, que obedece también a razones políticas, determina una nueva política estatal respecto a ellos, vale decir, una concreción nueva del Estado y, con ello, en la medida en que depende de éste, de la política criminal. La realización de ella se desarrolla en distintos momentos.

Al primero cabe llamar de asimilación, al segundo de integración y al tercero de reconocimiento de los indígenas.<sup>5</sup> Es, con todo, el segundo el que está determinado emblemáticamente por la tarea que emprende el indigenismo. Este mismo, en un momento posterior –el tercero– revisa el previo. Lo que aquí interesa es este movimiento, en el marco de la política criminal.

Estos tres momentos sugeridos son fruto de un desarrollo particular tras el establecimiento del Estado moderno en Latinoamérica, esto es, tras las independencias. La mayor pretensión política de los nuevos Estados es abandonar el orden previo para, en

---

3 Las acepciones de esta palabra son numerosas. El sentido aquí utilizado, en cuanto preocupación estatal por lo indígena (tras las independencias latinoamericanas) se explicita, entre otros, en: del Campo (1975: 1076-1077); Bobbio/Mateucci 1983: 837-839; Borja Cevallos (1998: 518-519); Rialp (1973: 605-607); Leoussi (2000: 145-146).

4 Las formas de referir a los habitantes de los distintos continentes, antes que llegaran los europeos, son numerosas: indios, nativos, aborígenes, indígenas. El sentido de cada uno de estos vocablos es también variado. Aquí utilizo el último intentando que, al menos etimológicamente, su referencia sea simplemente, en general, la de tales habitantes y, desde luego, sus descendientes.

5 La ajenidad se presenta destructivamente en la asimilación, negándola. Con la integración, se reconoce la igualdad, esto es, la relatividad de este concepto, pero todavía de modo parcial, pues la igualdad es considerada desde fuera. El reconocimiento es el que la afirma universalmente, superando la parcialidad de la referencia. La consideración de estos momentos, si bien bajo supuestos, contexto y marco temporal diferente, es sugerida por Villoro (1950).

su lugar, establecer uno moderno. La política criminal reproduce estos mismos tres momentos.

Las actuaciones políticas que los marcan o deciden están determinadas por el desarrollo del principio general del Estado moderno: la libertad. Así, el de la asimilación se caracteriza por una negación de ella a los indígenas. El que se conoce como integración, por una afirmación jurídico-pública de la misma a su respecto. El reconocimiento, en fin, por uno jurídico de la libertad individual para ser quién uno determine.<sup>6</sup> El quehacer del Estado, en estos tres momentos, constituye entonces una realización del mismo principio, siendo una circunstancia particular la determinante para el último: la pertenencia libre a una comunidad cultural.

La proposición pública que inaugura el camino a la valoración de esta circunstancia de la libertad es la afirmación jurídica del principio en términos simétricos. La formulación de ella se expresa con la frase: todo ciudadano es libre. Esto es, pues, lo primero que ha de revisarse (1) La concreción de ella es lo siguiente (2) Las dificultades prácticas que entraña tal concreción, respecto a los indígenas (3) y la, no obstante, consiguiente reformulación, a partir de los mismos supuestos del Estado, ha de revisarse también (4), antes de analizar las consecuencias político criminales que ello supone (5).

### 1. La igualdad ciudadana

Bajo las normas coloniales, los indígenas se rigen por una asimetría jurídica. Las independencias se proponen, desde el primer momento, romper formalmente con este trato asimétrico, estableciendo la igualdad ciudadana. En las primeras constituciones y leyes republicanas esto se explicita rápidamente.<sup>7</sup> El derecho expresa así el establecimiento político de un orden nuevo. Esta es la voluntad que trasunta, la cual se concreta con la traslación americana no sólo del derecho, sino también de las instituciones políticas europeas. En ese período conviven, no obstante, parcialmente las antiguas y nuevas normas.

El ordenamiento jurídico llamado a desaparecer se caracteriza por un conjunto de normas dispersas. Esta dispersión, que aumenta con leyes sucesivas, había intentado sistematizarse en numerosas ocasiones, aunque esta sistemática nunca fue la codifica-

---

6 La interiorización de la libertad a partir de la primigenia afirmación pública (externa), consolidada políticamente mediante las independencias, es sugerida -aunque no afirmada- por König/Wiesebron (1998: 30-31).

7 Así, a instancias de Bolívar o San Martín, en Perú y Chile, vid. Lynch (1973: 276). En Colombia y Brasil se les considera, sin embargo, ciudadanos diferenciados. El código civil brasileño (1916) los equiparaba a los menores de edad, vid. Barié (2000: 23). En Argentina, por otra parte, a fines del siglo XIX, existe una agria discusión en relación a si era la ciudadanía o sólo la nacionalidad lo que había de concedérseles; vid. Lagos (2000: 171-171).

dora. De ese amplio número de normas, las que aquí han de destacarse son las penales. La organización española había establecido abundantes, manteniéndose parcialmente en vigor hasta la aparición de los nuevos códigos.

La integración asimétrica, propia de dicha institucionalidad, se debe a influencias escolásticas –de raigambre feudal– presentes incluso en época de los Borbones.<sup>8</sup> El último gran texto legal –expresión de ella– vigente hasta fines del siglo XVIII, es la Recopilación de Leyes de Indias (de 1680). La Novísima Recopilación, de comienzos del siglo XIX (1805), prácticamente no llega a regir, si se tiene en cuenta que los primeros alzamientos (contra Napoleón) se inician tres años más tarde.

En la Recopilación de Leyes de 1680 se establece una prelación de leyes. La ley segunda remite, a esos efectos, a las llamadas Leyes de Toro.<sup>9</sup> Esta dispuesta prelación ha de complementarse con la ley 4, 1, 2, en la que se mandan guardar las normas de los indígenas, siempre y cuando no afecten a la “sagrada religión”, ni a “las leyes de este libro [la Recopilación]”. Por lo tanto, los indígenas tienen sus normas y los españoles las suyas, respetando estos últimos aquéllas, a condición que no traspasen los límites establecidos.<sup>10</sup> De lo anterior se sigue que, si bien en términos generales, los súbditos se rigen por las mismas leyes, salvo una parte de ellos –los indígenas– que, de no contravenir la religión, ni las leyes generales, pueden mantener, separadamente, en vigor las suyas. Esto es lo que cambia radicalmente al establecerse la igualdad tanto política como legal, exaltada por antonomasia a través de la idea política de ciudadanía.

La ciudadanía expresa la aspiración de la libertad universal del individuo.<sup>11</sup> Los individuos libres son los ciudadanos en igualdad. La libertad general, que es el principio, precisa, sin embargo, de límites que posibiliten su realización. Estos límites son los que regula el derecho.<sup>12</sup> El derecho, pues, limita externamente las actuaciones libres del individuo, sólo si ellas traspasan o impiden la realización universal del principio general. Éste es el fundamento, que han de concretar las distintas normas jurídicas, con los límites necesarios para su realización universal.

8 Una revisión de esta influencia, aunque reconsiderada en el siglo XVIII, en Stoetzer (1982: 195ss.).

9 Estas leyes se publican en 1505, manteniendo, de forma supletoria, aplicables las Siete Partidas. Sobre el derecho, en general, aplicable en América, vid. Ávila Martel (1941: 19ss.). Igualmente, Jiménez de Asúa (1956: 893ss.).

10 Este mismo reconocimiento posibilita una organización autónoma que confirma la simetría. Esta organización autónoma son las repúblicas. Al respecto, vid. Levaggi (2001). Las discusiones que esta prerrogativa supone, al considerarse por parte del resto un privilegio, en Barrientos (1999: 135-137).

11 Sobre esta concepción, vista en su establecimiento original, puede verse con detalles, Böckenförde (1999: 15-20).

12 La formulación es de Kant: “Eine Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann”; cf. Kant (2001: 67).

Este mismo principio ha de materializarse en las normas penales. Ellas, en el disperso conjunto legal colonial, son abundantes y se concentran en delitos particulares, es decir, en lo que hoy se conoce entre los penalistas como parte especial. En ellas, en efecto, no se sistematiza una noción de delito, sino que “cada ley describe una forma particular del delito y es el conjunto de todas las dedicadas a un mismo delito el que compone, como las piezas de un mosaico, la figura delictiva general”.<sup>13</sup> Asimismo, las normas penales prácticamente se funden con las morales. En efecto, la indistinción entre delito y pecado es parte de esta regulación. Esto comienza a cambiar recién en el siglo XVIII. Lardizábal es uno de los primeros que las distingue con claridad.<sup>14</sup> La profundización de esta distinción se agiliza tras las independencias. Conforme al mismo principio de ciudadanía –especificación del general– los delitos establecidos son los mismos para todos los ciudadanos. Esta es entonces también la concreción, en materia penal, de dicho principio. Los códigos penales prescriben, por consiguiente, normas generales sin distinción.

El derecho penal latinoamericano se pone de este modo a la altura de los tiempos modernos. No obstante, puesto que en el antiguo orden una parte de la devenida ciudadanía –los indígenas– durante siglos se había regido por sus normas, el nuevo principio no puede sino resultar incomprensible. A ese sector, todo el nuevo ordenamiento le es ajeno. A pesar de ello, la ciudadanía, como principio abstracto, se impone a esta realidad. De modo que el pluralismo jurídico, existente de hecho en el antiguo orden, tiene que desaparecer bajo esta inspiración.<sup>15</sup> El problema que sugiere la nueva institucionalidad es, pues, eminentemente práctico, a saber, el referido a la realización institucional del principio.

## 2. La inconclusa ciudadanía

Una de las primeras tareas a que se consagran las autoridades políticas de los nuevos Estados es a la creación de un orden institucional distinto al precedente, que lo supere. El Estado práctico, políticamente referido, a estos efectos es centroeuropeo. A nivel legal sucede exactamente lo mismo.

La concepción jurídico-política del ciudadano es, por lo tanto, la que determina igualmente los términos de la violencia del Estado. La discusión sobre las condiciones de esta violencia es pública y se escenifica en la asamblea general, esto es, en los parlamentos, representantes democráticos de la comunidad política ciudadana. Así, la expresión de la violencia organizada estatalmente es también la de sus supuestos políticos, que son los que en definitiva la legitiman y dan sentido.<sup>16</sup> Los nuevos Estados

13 Esta acertada descripción es de Tomás y Valiente (1992: 205).

14 Las referencias generales en Tomás y Valiente (1992: 235).

15 La situación de los indígenas, en este sentido, parece empeorar, vid. Dupouy (1956: 14).

16 Sobre ello, Hurtado Pozo (1979: 34-35).

organizan, a partir de ellos, la violencia pública. La sistematización de sus límites, habiéndose desarrollado la ciencia penal recién a fines del siglo XIX, es, sin embargo, más tardía.<sup>17</sup> Esto explica que hasta los primeros códigos penales latinoamericanos siga vigente todavía, a mediados o fines de dicho siglo, la legislación penal española.<sup>18</sup> A partir de entonces, esta influencia es sustituida por una también marcadamente centroeuropea. La legislación penal latinoamericana llega a ser incluso, en varios casos, una copia íntegra de tales códigos, como ocurre, por ejemplo, con el código penal de Paraguay, que importa el código del Imperio alemán, el de Perú, que hace lo propio con el proyecto suizo, el de Venezuela con el llamado código de Zanardelli y el de Argentina con el que Feuerbach prepara para el reino de Baviera. Es evidente que ninguno de estos cuerpos legales considera suficientemente la realidad en que habían de surtir efecto, pero antes de especular sobre lo absurdo o acertado de tales decisiones,<sup>19</sup> han de entenderse las razones que orientan tal esfuerzo.

La traslación descansa en el afán por convertir a los nacientes países al nuevo orden. Éste, ciertamente, no puede entenderse reducido a un sentido puramente político o económico a través del cual se consolida el ingreso en la cada vez más mundializada sociedad civil. Su novedad es más profunda. El nuevo orden manifiesta una voluntad de querer; querer lo ajeno como propio. Este querer es el impuesto. El traslado confirma esta voluntad, fortificada por medio de la revolucionaria imposición y, más tarde, su consolidación. La voluntad traza sus propias metas, hacia las que se encamina. Esta meta, en América Latina, está determinada por la consagración de un orden. La voluntad se crea entonces su propio camino, que concreta, sobre todo, política y económicamente. En un sentido político, tal como se ha anotado, se modifica el Estado; en uno económico, se abren las fronteras al despliegue de la sociedad civil, siendo el derecho el que regula este doble trazado.<sup>20</sup>

El establecimiento de la ciudadanía explicita formalmente el abandono jurídico de la asimilación. Los ciudadanos son jurídicamente iguales. Quienes no lo eran —en el antiguo derecho— lo son formalmente ahora. En la ciudadanía se hace abstracción del origen económico, social y cultural. Esta es, especialmente en los primeros años republicanos, una abstracción llamada a romper el conjunto de relaciones asimétricas, así como todas aquellas basadas en distinciones como las anotadas. La realización del

---

17 Aquí las menciones obligadas son a Binding, Beling o von Liszt, particularmente a estos dos últimos, pues son quiénes, rigurosamente, construyen el primer sistema penal.

18 Los códigos que mayor influencia tuvieron fueron los de 1822, 1850 y 1870. El primero inspira el de Bolivia (1834) y El Salvador (1826). El segundo los de Venezuela (1863), Perú (1863) y Chile (1874). El tercero los de Guatemala (1889), Honduras (1898), Costa Rica (1870), Nicaragua, (1879) y Puerto Rico (1879) (cf. Tocora 1990: 60-61).

19 Se suelen entender por influencia de ideologías ajenas, así Zaffaroni (1984: 28).

20 Una revisión general de los aspectos económicos en Carmagnani (1976: 101ss.) y de los políticos en Konetzke (1967: 54-78).

principio general establece, pues, una igualdad hasta entonces inexistente y, asimismo, dinamita cualquier beneficio o trato desigual, incluso respecto a quienes se consideraba, en el antiguo como en el nuevo orden, socialmente desfavorecidos, vgr. los indígenas.

La pública consagración política y jurídica de la simetría no es, pese a su declaración, suficiente para que el principio se concrete. La consideración legal de los indígenas como ciudadanos, supone entonces la disolución jurídica de sus peculiaridades de origen. La legislación, en este sentido, deviene, respecto a ellas, una coacción implícita. La incapacidad del ordenamiento jurídico para dar cuenta de las peculiaridades culturales -incluidas por cierto las legales-, es denunciada una y otra vez por los distintos legisladores. El planteamiento de un tratamiento diferenciado es, por ello, sugerido en innumerables ocasiones y, en muchos casos, incluso aplicado.<sup>21</sup> En esos esfuerzos inútiles, que ponen en cuestión la competencia de las autoridades para conseguir el establecimiento del orden pretendido, debe advertirse que tal fracaso se debe a una voluntad general inmadura. El deseo de establecer un orden nuevo es articulado, en efecto, por élites criollas que no consideran suficientemente el *ēthos* vigente.<sup>22</sup> El orden nuevo es fruto de una voluntad y no del quehacer en ella, es decir, del *ēthos* de la misma.

Los intentos por implantar órdenes similares a los que inspiran el nuevo proceso político devienen, consecuentemente, leyes muertas. Los ciudadanos no comprenden su nueva situación política ni tampoco los derechos que de ella se derivan. Sin embargo, el empeño es siempre el mismo, consolidar el nuevo orden en función de sus referentes. La realización de la libertad como *ēthos* es, por tanto, la que está aún en ciernes.

A fines del siglo XIX, los esfuerzos por llevar a cabo el principio general se tornan más evidentes. El derecho expresa esos vacilantes esfuerzos. El penal sigue considerando ciudadanos iguales al conjunto de la población, aunque, en algunos países, se conservan normas que evidencian la presencia del *ēthos* anterior.<sup>23</sup> Los cambios so-

---

21 Una legislación común, en la que fueran tratados como menores de edad o con un trato distinto, fue lo mayoritariamente planteado. A fines del siglo XIX, en Argentina, se reimplantó incluso el protector de naturales, vid. Levaggi (1992: 186, 190).

22 La palabra griega *ēthos* (ἦθος) tiene, en la misma Grecia, una larga historia y sentidos, por eso mismo, muy variados. Aquí no puedo detenerme en ello. La referencia que utilizo es la considerada por Aristóteles que, desde la escolástica, es la habitual (vid. Aristóteles: *Ética*, 1959: 1103a). Este sentido, en efecto, es el que se difunde durante la Edad Media, con la traducción que hace del mismo Tomás de Aquino, por el latino *mores* (*Summa Theologica*, I, q. 58, a. 1), esto es, el de carácter, costumbres o modo de ser.

23 Ello es así no sólo en América Latina, sino también en algunos dominios europeos en África (cf. Vernier de Byans 1906: 119-129); también el sugerente código penal danés para Groenlandia (de 1954), que pone, en todo caso, por encima al derecho penal danés en (cf. *Reichtum von Dänemark* 1955: 8 y § 1 y 4; Olesa Muñido (1953: cap. X-XVIII).

brevienen con la movilidad social que suponen las mismas independencias, que mueven las relaciones sociales dentro del esquema social entonces en vigor, y con la que supone el orden establecido.

La consolidación de la expansión de la sociedad civil posibilita que las élites dejen de ser exclusivamente oligárquicas, para ampliarse a sectores hasta entonces ajenos al poder político.<sup>24</sup> Estas transformaciones sociales permiten una nueva organización social, de acuerdo a los parámetros del nuevo orden. Las mundializadas reivindicaciones sociales pronto posibilitan también la llamada cuestión social en América Latina. Las insurgencias, dictaduras, golpes de Estado, dejan de ser, por tanto, el único medio para que el poder cambie de manos entre los miembros de las élites. A ellos se agregan las presiones sociales y las vías políticas establecidas por el orden instaurado, incluso en los casos en que se proponen cambios estructurales en la determinación práctica del Estado.

Estas modificaciones posibilitan que los indígenas sean considerados entonces conforme a ellas, es decir, por una parte –en términos económicos– campesinos, proletarios, obreros y, por otra –en términos políticos–, ciudadanos. El orden dispone a los indígenas como ciudadanos proletarios o campesinos, sugiriendo su movilidad en tales términos. Ellos, ordenados heterónomamente por las nuevas estructuras sociales, son sometidos a leyes incomprensibles que, a diferencia de las hispanas, no consideran las suyas. Las únicas normas jurídicas son las que dicta el Estado para los ciudadanos. Ellas consiguen así, silenciosamente, no sólo la modificación del orden previo, sino también la del de los indígenas, que había subsistido –mediante la asimetría que le era propia– en aquél.

El derecho se constituye, de este modo, en un instrumento desconfigurador del *ēthos* antiguo. Las normas jurídicas violentan tanto el *ēthos* precolombino como el colonial. Conforme a las nuevas, los indígenas sólo pueden ser ciudadanos respecto a los cuales ha de aplicarse la misma legislación que al resto. Ellos, que en el antiguo orden eran súbditos especiales, han de convertirse simétricamente en ciudadanos, han de asimilarse, en definitiva, a esta situación jurídica, siendo el Estado el comprometido en tal tarea. La violencia jurídica, envuelta en las normas estatales, encubre, por lo tanto, la propia de una asimilación que no por jurídica es menos violenta. En esta violencia se reitera la voluntad de realización del orden nuevo, que el derecho penal sencillamente refrenda.

La praxis de la voluntad de un orden nuevo trae aparejada, sin embargo, sus propias contradicciones. Los indígenas, en el ámbito público, siguen quedando, en la práctica, al margen de cualquier participación y, en el privado, el quehacer de cada

---

24 La pirámide social comienza a deshacerse con claridad a comienzos del siglo XX, vid. Carmagnani (1976: 100).

uno continúa impregnado por las instituciones coloniales. Luego, los derechos pregonados respecto al conjunto de ciudadanos, no se realizan.

Aquellos ciudadanos, en consecuencia, ajenos al nuevo orden, han de ser “civilizados”, han de asimilarse. En ello, las referencias al antiguo orden no desaparecen.<sup>25</sup> La homogeneidad religiosa continúa siendo importante, pero, en su lugar, comienza a cobrar mayor relevancia la cultural. La cultura expresa secularizadamente a la religión. Es sobre ella que ha de fortalecerse el Estado práctico y, conseguido eso, sentar las bases para una nueva unidad política. Esto es lo que debe expresar, en un sentido moderno, la nación. En la formación de las naciones, las guerras de independencia, y las sucesivas entre los nuevos Estados, ponen en su centro las gestas militares. Los héroes y batallas definen la historia de los nuevos países, confirieron relatos, discursos, leyendas llamadas a establecer la unidad política, a definir la identidad de cada uno en función de ella. De esa tarea, sin embargo, quedan excluidos los indígenas. Esos héroes y batallas no son indígenas, sino, si acaso, dicho en la nueva terminología, campesinos o proletariado, es decir, lo que no es élite, ni oligarquía, ni burguesía. La homogeneidad cultural es el supuesto. Ella ha de dar solidez a la voluntad de una nación única, la cual ha de posibilitar, asimismo, la consolidación definitiva de la nueva institucionalidad. El Estado, en definitiva, debe construir naciones homogéneas.<sup>26</sup> La aplicación de una legislación común coincide con este empeño.

El propósito de construir una única nación debe enfrentarse, de este modo, a una estamentalidad previa.<sup>27</sup> El fenómeno que aquí interesa no es tanto el de la nación sino el de la institucionalidad legal que se despliega en su construcción. La nación adquiere importancia práctica cuando esta institucionalidad ha adquirido cierta consolidación, cuando son los ciudadanos –y no ya los súbditos– los que se asumen como parte de ella.

El fortalecimiento del Estado –considerado como institución– se manifiesta también en la legal aplicación coactiva de la fuerza, esto es, en la pena. En las penas aplicadas a los delitos cometidos por indígenas se mantiene de hecho su consideración estamental, pues ellos, de acuerdo al antiguo ordenamiento jurídico, continúan aplicando sus propias normas. El derecho público, y en particular el derecho penal, exige

---

25 En Argentina esto se explicita incluso constitucionalmente, por ejemplo en el art. 67, inc. 15 (CP 1853), mediante la obligación del Estado de promover su “conversión al catolicismo”. Sobre este precepto y la discusión que genera a partir de 1886, vid. Levaggi (1990: 269, 273). Una revisión institucional más amplia en Ots Capdequi (1986: 182-197).

26 La tesis, según la cual en América Latina antes de las naciones existieron los Estados, que habían de formarlas, es expuesta por Góngora (1986). John Stuart Mill sugiere, no obstante, que en un país compuesto de nacionalidades diferentes, son imposibles las instituciones libres. Sobre ello, con las discusiones respectivas, vid. Prado (2003: 30-33).

27 La nación es el conjunto de individuos llamado a conseguir el bienestar de quienes la integran, en un sentido económico y no político (cf. Pietschmann 1999: 542-546).

jurídicamente, no obstante, que las penas, consideradas típicamente, sean las mismas para todos los ciudadanos. El Estado, al exigir la responsabilidad penal y aplicar los correspondientes castigos, actúa, por consiguiente, sobre tal supuesto, sin considerar la estamentalidad de facto aún entonces en vigor.

Las actuales voces críticas contra esta desconsideración recuerdan, una vez más, las instituciones típicamente coloniales. Siendo una evidencia que los indígenas no viven según el orden sobrevenido, a pesar del establecimiento legal de su ciudadanía, la discusión práctica respecto a si debe tenerse en cuenta un trato jurídicamente diferente, no ha dejado de manifestarse. Es decir, la inmodificable voluntad es la simétrica ciudadanía, siendo lo discutido los términos en que ello ha de concretarse.

Las tempranas declaraciones, según las que se establece la ciudadanía, pretenden asignar a los indígenas una condición nueva, con la convicción que, conseguido, se alcanzará lo que Europa había pretendido en América: “civilizar”. Civilizar mienta aquí el momento en que la voluntad nueva se afirma como tal, se realiza como *ēthos*, expandiendo la manera de ser sobre la que se levanta. Esto había sucedido también con la expansión religiosa del mundo.

Europa, que desconocía América, la define nueva, la descubre. Los nuevos –los indígenas– son dispuestos en el expandido orden europeo y la discusión de los teólogos del siglo XVI es cómo considerarlos en éste. Esta larga disputa está atravesada por la manera de ser o modo de vida en que ella misma se sostiene. La formación en ésta –la cultura–, consecuentemente, es también ampliada. Uno ha de determinarse siendo quien es en ella. La ampliación de esta voluntad es, por lo tanto, la de esa cultura. A esta voluntad, expandiéndose, es a la que se conoce como civilización.<sup>28</sup> En los nacientes Estados este empeño, aunque en otros términos, se conserva. Quienes lideran estos esfuerzos se asumen dentro de una cultura que debe ampliarse. El propósito es, por eso, civilizar en ella.

El nuevo derecho, en suma, institucionaliza la libertad sobre la base de una ficción –la de un *ēthos* distinto– que, por una parte, ordena la violencia inmediata que suponen las rupturas de la metrópoli y, por otra, la presencia misma del indígena, considerado ahora como ciudadano. Las políticas estatales confirman este propósito y la política criminal lo refrenda, incluso cuando el derecho penal en vigor no es aún, propiamente, el de la ciencia penal. La nueva sociedad, que lentamente se va consolidando, consigue así defenderse de cualquier cuestionamiento de las penas establecidas en el derecho público. Las ofensas públicas, del mismo modo que sucedía durante la colo-

---

28 La voz “cultura” refiere el culto. Su sentido –cultivo del espíritu, entendido en un sentido religioso– luego se amplía (cf. Maravall 1991: 215, 217). La relación cultura y civilización es analizada por Elias (1997: 89ss.).

nia, se siguen entendiendo, pues, susceptibles de represión, determinando tal tipo de sociedad qué es lo que quiere decir ofensa.<sup>29</sup>

### 3. La disolución ciudadana

En las primeras décadas del siglo XX, el nuevo orden se había consolidado mediante el establecimiento de la sociedad civil, la madurez de la libertad pública como realización práctica y la paulatina consolidación de sus instituciones.

Las oligarquías criollas, que son las que lideran la secesión, fruto de la nueva movilidad social, comienzan a ser cuestionadas por los grupos en ascenso. Las exigencias no son el regreso al orden previo, sino –una vez más– las de términos distintos en la concreción del nuevo.<sup>30</sup> Esta distinta concreción ha de confirmarse políticamente. Los llamados movimientos sociales, en los que se van deshaciendo los estamentos, se encaminan en esa dirección, aumentando la participación de los indígenas en la vida pública y modificando el derecho del orden trasladado – que se consolida, iniciando una etapa de especialización.

Es parte de esta etapa el inicio de los desarrollos dogmáticos del derecho penal, fuertemente influido por las escuelas causalistas y positivistas.<sup>31</sup> La determinación de las exigencias de la responsabilidad penal se concreta, por lo tanto, de acuerdo a la especialidad de la disciplina penal. Estado, derecho y pena abandonan ahora definitivamente, por una parte, las referencias morales del antiguo orden y, por otra, insisten en eliminar toda distinción jurídica que se aparte de la igualdad ciudadana.

A pesar de ello, en la determinación de la responsabilidad penal ante el Estado, los indígenas continúan siendo considerados incapaces, dementes, salvajes o ciudadanos de distinto tipo<sup>32</sup> y, por consiguiente, la exigencia de esta responsabilidad se hace en el marco de la discusión por la imputabilidad.<sup>33</sup> La explícita consideración penal de los indígenas, según esta categoría, está fuertemente influida, como se aprecia, por el

29 Sobre ello, cf. Tomás y Valiente (1992: 236). Al seguir siendo el *ēthos* marcadamente colonial, las penas continúan confundándose con el pecado, rasgo ciertamente de ese orden previo.

30 Su concreción tiene lugar, sobre todo, tras la revolución mexicana (1910), liderada por criollos, pero también por campesinos e indígenas. La repercusión jurídica ha sido revisada, entre otros, por Maestre Alfonso (1982: 107-114).

31 Una revisión general de la influencia del positivismo en América Latina se puede revisar en Werz (1995: 105ss.), y de estas escuelas penales en del Olmo (1987: 122ss.).

32 El código penal peruano, de 1924, distingue a los indígenas en civilizados, semicivilizados y salvajes (cf. Ballón Aguirre 1980: 69-71). Estas categorías las había desarrollado Morgan. Ellas tienen también una incuestionable influencia en los trabajos de Engels y Bachofen.

33 Así Aníbal Bruno, José Medrano Ossio, Luis Jiménez de Asúa, José Mendoza o Jorge Sosa; cf. Yrureta (1981: 61-64); Carmona Castillo (1995: 143-148); Sanguino (1990: 247-263); Gonzaga (1980: 66-75); Benítez (1988: 157-164); Vélez (1981: 360). Para una revisión de las distintas posiciones vid. Cervini (1989: 144-148) y Reyes Echandía (1984: 159-165).

*ēthos* previo y, de este modo, las categorías penales esconden el auténtico trato que reciben según las antiguas. Tal es el caso de la inimputabilidad.<sup>34</sup>

El derecho penal confirma esta concepción por medio de medidas de seguridad – en lugar de penas– si tales menores o incapaces se entienden inimputables y –como tales–, bajo las influencias positivistas, peligrosos.<sup>35</sup> Así es cómo, pese a la consagrada igualdad ciudadana, a los indígenas se les priva, además, de las garantías desarrolladas por la ciencia penal para las penas.

Los indígenas, reconsiderados penalmente de acuerdo a la civilización y a factores como la raza, en lugar de los otrora religiosos,<sup>36</sup> son confirmados así en una posición asimétrica, respecto a la cual, no obstante, en muchos países, no existe una referencia jurídico-penal, ni desde un punto de vista doctrinal, ni tampoco criminológico o penitenciario, debido a la concepción igualitaria.<sup>37</sup> Así se confirma, entonces, una asimilación encubierta que, expresada en el derecho penal, es aún más violenta.

Esta concepción es la que, en un segundo momento, ha de modificar el indigenismo. La pretensión es aquí la integración. Ella ha de implementar no sólo un trato igualitario, sino, integrando a los indígenas, ha de conferirles una identidad nacional compartida. Este quehacer, con todo, les arrebatara su posibilidad para definirla, para decidir conjuntamente quiénes quieren ser.<sup>38</sup> Las exigencias confirman la vivencia de la libertad en una circunstancia concreta, en la que su querer se decide. Quien decide quién es, conforme a la pertenencia a una comunidad, exige la protección de la misma, en la medida en que de ello depende la libertad para ser quién es.

Los documentos internacionales que así lo van reconociendo explicitan, pues, el principio general en esta circunstancia.<sup>39</sup> El mismo ordenamiento jurídico interno comienza a redefinirse de acuerdo a ellos, cuestión que fortalece los incipientes movimientos internos que la demandan. En este querer ser quién se es, se reivindica la peculiaridad que lo posibilita: la cultura. La valoración de las culturas expresa, por consiguiente, la valoración de la libertad para que, en la realización distinta de cada uno –

34 La explícita consideración legal de ellos como inimputables aparece en los códigos peruano (de 1924) y boliviano (de 1973).

35 Esta consideración se explicita en varios autores, vgr. en Medrano Ossío, a pesar que los datos para afirmarlo no estaban suficientemente documentados por la criminología (cf. Drapkin/Jeldes 1948: 106-109).

36 Benítez (1988: 158).

37 A mediados del siglo XX, Costa Rica, Chile, Argentina, Guatemala, Honduras, prácticamente no tenían referencias legales y, en general, las doctrinales o criminológicas también eran poco significativas (cf. AA. VV. 1956: 149-163).

38 La contraposición indígena/indio sugiere, precisamente, este énfasis. Al indígena se le priva externamente de esta posibilidad. El indio, en cambio, la reclama. Sobre ello, de modo general, Borja Cevallos (1998: 519) y, con más detalle, Bonfil Batalla (1990: 194ss.).

39 La normativa más importante, que luego profundiza el convenio 169, es el convenio 107 de la OIT. Un análisis comparado entre ambos en Kuppe (2002).

que ella supone— se concrete la diversidad de las circunstancias que determinan la consiguiente diferencia.

La formación en una cultura es animada políticamente, de esta manera, presionando a la praxis estatal a tomar posición frente a la misma. En la libertad para ser quién cada uno es, se asienta el derecho a mantener aquello que determina la manera de ser, las costumbres y el carácter, condición de la propia identidad. El Estado ha de garantizar, pues, el proceso formativo por medio del cual, en definitiva, cada uno llega a ser quién es. En esta circunstancia de la libertad, que se quiere, el Estado reconoce su principio más básico —la libertad— protegiéndola. El Estado, entonces, protege a las culturas, que orientan el quehacer propio, aunque no se comprometa, ni se defina en sus términos.

Los indígenas, al exigir la libertad en esta circunstancia, exigen del Estado la explicitación de ésta a partir de aquélla. La ausencia original de ella en los textos jurídico-políticos que concretan el Estado moderno, supone, sin embargo, una serie de complicaciones jurídicas y, en particular, penales.

La valoración de las culturas es determinante, pues, en el reconocimiento explícito de esta circunstancia, orientando el derecho hacia el pluralismo que ella sugiere. El derecho penal, conforme a éste, se ve forzado, por ello mismo, a revisar todas las estructuras que la violentan. Es, pues, el principio general del Estado trasplantado, el que orienta los cambios exigidos.

La asimilación disuelve violentamente la pluralidad. La integración no, pero la esconde, coaccionando la expresión pública de la libertad concreta para ser quién cada uno es. Ello se disuelve en una homogeneidad cultural encubierta en la ciudadanía. Esta circunstancia es la que, en definitiva, ha de reconocer ahora plural y explícitamente el derecho.

Las modificaciones constitucionales y, más tarde, legales, posibilitadas por la valoración cultural de la diferencia, son exigidas, en suma, por una referencia al principio general expresado en esta circunstancia. Los indígenas exigen, por eso, que se supere su condición de incapaces, reconociéndoseles como ciudadanos que reclaman su libertad para ser quiénes son. El principio es, entonces, el que posibilita su oposición dentro del orden, al propio orden, refrendándolo. Esto supone, no obstante, ciertamente un momento nuevo en el despliegue práctico del Estado transpuesto, pues las diferencias han de garantizarse ahora institucionalmente. El Estado, llamado a confirmar la libertad en esta circunstancia, ha de reconocer la pluralidad de los supuestos culturales. En esta medida, el pluralismo deviene un valor que ha de concretarse a partir de los mismos supuestos estatales.

#### **4. La restauración ciudadana**

La afirmación pública de la pluralidad cultural en constituciones y leyes se expresa también político criminalmente. Las diferencias culturales, políticamente, se promue-

ven y exaltan, mientras, jurídicamente, se regulan a partir de la libertad, que es el supuesto jurídico a que ellas están referidas.

El pluralismo obliga, de este modo, a la doctrina penal a reconsiderar sus categorías de acuerdo a los problemas que esta exaltación genera. Una política criminal que reconoce como mayores de edad a los indígenas no realiza, de por sí, ese trato. El mayor de edad tiene libertad para determinarse como quiera, para convertirse en quién es y, de hecho, en ejercicio de la misma, reclama tal libertad. La consideración práctica de ella por parte del Estado supone entonces modificar la política criminal, no porque estos ciudadanos no existieran antes en sus culturas, ni tampoco como compensación por las innumerables vejaciones que a lo largo de siglos han soportado, sino porque ellos le reclaman libertad, principio esencial que lo sostiene; libertad para formarse en su cultura, que es la que, en rigor, posibilita llegar a ser quién cada uno es. Ésta es la circunstancia en que quieren realizarla. Las consideraciones hacia los indígenas no deben hacerse, pues, porque ellos apelen a un origen y, a partir de éste, se distingan culturalmente, sino porque en ellas está comprometida la libertad para ser quiénes quieren ser. Esta libertad reclama, por cierto, garantías políticas y, jurídicamente, es un derecho que se fortalece por el principio sin el cual no hay Estado moderno.

Las constituciones establecen esta protección y, consecuentemente, las normas de derecho público la regulan mediante sucesivas modificaciones legales. En este contexto se enmarca también la reforma de las penales. Esto es lo que se intensifica a partir de fines del siglo XX. Antes de entonces, las referencias jurídico-prácticas a los indígenas fueron eminentemente jurisprudenciales y estuvieron limitadas, pese a las consideraciones, en la mayoría de los casos, a la aplicación general de la legislación. La transformación del derecho público, determinada por el reconocimiento jurídico de las diferencias culturales, orienta ahora la política criminal que, impulsada, en primer lugar, por los esfuerzos integradores del indigenismo, se propone no sólo que el Estado asuma a los indígenas en su peculiaridad, sino que afirme su libertad para la distinción, para ser quiénes quieran ser, concretando así universalmente este querer en cuanto tal.

Las normas penales han de superar también la consideración penal de incapaz, que supone la inimputabilidad, propia del positivismo y las escuelas causalistas, confirmando, en su lugar, la igualdad en la diversidad. El castigo ha de definirse, consecuentemente, por esta libertad. En este reconocimiento, no obstante, el Estado práctico tiene que establecer los límites, pues la libertad para ser quien se es, limita con la de quien reclama una similar. La violencia legal encuentra justificación entonces en esta misma concreción limítrofe, consagrada en la Constitución, que fundamenta jurídicamente el orden en que reposa la libertad en un Estado, y en la doctrina de los Derechos Humanos, en sus respectivos documentos, que la funda si se traspasan las fronteras

estatales.<sup>40</sup> La libertad individual es aquí, otra vez, el principio fundacional, universalizado en esta circunstancia.

Luego, la formación libre de cada uno para convertirse en quién es, se establece, jurídicamente, de modo plural, disponiéndose y organizándose el ordenamiento jurídico de este modo. Esta garantía reconoce, por tanto, la posibilidad de formarse en los contextos culturales que cada uno determine. Dichos contextos son los concebidos pluralmente. Asimismo, puesto que ninguno de ellos define a la instancia que los posibilita -el Estado- tal reconocimiento es simétrico. Las culturas son, jurídicamente, iguales. Esta igualdad es también universal. El derecho supera la particularidad de ellas a través del principio. Es conforme al principio, por tanto, que sobreviene la regulación positiva. La consideración político criminal es, por consiguiente, una consecuencia. El derecho penal ha de superar también, de este modo, en su expresión doctrinal y legal, la desconsideración de las culturas hasta ahora dominante, de las costumbres y modo de vida en que ellas alcanzan su determinada exterioridad. Estas referencias jurídicas ratifican el compromiso político con el pluralismo. La política criminal ha de tener en cuenta, de esta manera, distintas valoraciones ético-jurídicas, cuestión que pone en tela de juicio los horizontes compartidos de una actuación,<sup>41</sup> entendida en términos penales.

Las dificultades prácticas que ello plantea son numerosas y, en su concreción, nuevas: ¿cómo ha de concretarse el pluralismo?, ¿cómo se ha de organizar jurídicamente su reconocimiento?, ¿a quienes ha de tener en cuenta; a los indígenas a secas, a algunos de ellos, a cuáles?, ¿supone lo anterior que el Estado ha de renunciar a su jurisdicción para, con esto, afirmar una multiplicidad de ordenamientos jurídicos que rompa con la igualdad legal y, por tanto, se enfrente a un supuesto básico de la ciudadanía en esa particularidad afirmada? Estas preguntas atenazan la praxis estatal de cada Estado soberano y las respuestas a ellas son, de acuerdo a las circunstancias concretas, muy variadas. Estas mismas respuestas adquieren un interés mayor en la medida que refrendan los principios que comparten esos Estados, es decir, en cuanto confirman los fundamentos del mismo. La política criminal debe considerar también, sin olvidar las circunstancias, precisamente eso. Las denuncias ideológicas que subyacen a la fáctica tarea del Estado -tan propias de, por ejemplo, la criminología crítica- se superan si esta política se presenta como política criminal fundamental. La praxis ha de remitirse a los fundamentos. Esto ya fue advertido por von Liszt, quien acertadamente consideraba el castigo bajo la condición de, por una parte, respetar los presupuestos legales y, por otra, implementar su ejecución dentro de límites también legales. Estos presupuestos son los que el derecho penal ha de sistematizar y, de este mo-

---

40 Varias sentencias del Tribunal Constitucional colombiano han discutido estos límites, conforme a la Constitución de ese país, vgr. 139/96, 349/96, 496/96. Agradezco a Emiliano Borja su revisión.

41 Las críticas, en este sentido, contra la obra de Hans Welzel, en *Novoa Montreal* (1980: 97-100).

do, convertir en la “barrera de la política criminal”.<sup>42</sup> Los componentes ideológicos de la política criminal, dicho con otras palabras, han de ser frenados por el derecho penal. Un derecho penal sin esta capacidad, renunciaría a la defensa de los presupuestos jurídico-penales, esto es, a aquéllos que le dan sentido, con lo cual, la política criminal se quedaría, parafraseando a von Liszt, sin barreras.

Así pues, el derecho penal y la política criminal encuentran en sus presupuestos la orientación de su quehacer. Ellos son siempre sus referentes últimos, en cuanto disponen los principios y conceptos fundamentales. Esta vinculación fundamental de derecho penal y política criminal converge así en una síntesis, en la que la ordenación conceptual –dogmática– se asienta en la realidad que la determina, conforme a orientaciones establecidas político-criminalmente.<sup>43</sup> En cuanto esta articulación cuenta con los fundamentos, podemos saber qué derecho penal y qué política criminal es la, concretamente, dispuesta. Así como la ordenación conceptual del castigo y su orientación se estructuran a partir de una realidad que ellas tienen como supuesto, la dogmática y el fundamento que las define son el eje sobre el que ha de girar la praxis punitiva del Estado frente a tal realidad.

El pluralismo cultural, pues, en cuanto principio explicitado, fundamenta, desde la realidad, las exigencias políticas de los indígenas, por referencia al principio libertad y al derecho, que de allí se sigue, a ser cada uno quién es. El derecho penal sistematiza este pluralismo, sin ninguna referencia particular, y la política criminal se orienta de acuerdo al mismo según los casos concretos. Las relevantes preguntas político-criminales que se han considerado más arriba se relacionan precisamente con la concreción política de esta orientación, establecida en atención a los fundamentos del Estado y a los del derecho penal, en cuanto éste, en su ampliación y desarrollo, los refrenda. Estos son los límites. La pena, en consecuencia, ha de reconocer el pluralismo, determinándose conforme a éste, sin, por consiguiente, referencias unilaterales a una sola cultura. El derecho penal, por lo tanto, que ordena conceptualmente tanto el delito como la pena a partir de los límites fundamentales que lo definen, considera las distintas organizaciones culturales por referencia a estos límites. El carácter de *ultima ratio* del derecho penal es, en este sentido, el determinante para esta consideración última. Sólo hay derecho penal, sólo se legitima la pena, si estos límites últimos son los traspuertos.<sup>44</sup> Este reconocimiento sugiere una política criminal que cuenta con los culturalmente diversos, según los límites que ella misma plantea. Así, los momentos

---

42 La formulación de von Liszt respecto al derecho penal es la de irrefragable barrera de la política criminal [“unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik”] (cf. von Liszt 1905: 80).

43 Sobre ello, Roxin (1972: 33, 39).

44 Una sentencia del Tribunal Constitucional colombiano, la 349/96, de 8 de agosto, establece y discute este límite.

de asimilación e integración son superados mediante este explícito reconocimiento de la diversidad cultural.

### 5. Pluralismo cultural, política criminal y derecho penal

Las dificultades penales que esto genera son harto evidentes y es preciso, por ello, reiterarlas, ¿querría decir que habría distintos derechos penales, ya que –de establecerse un pluralismo jurídico– es necesario reconocer distintos sistemas normativos? y, si así fuese, ¿no socavaría ello la confianza en el ordenamiento común, entendido en su conjunto?<sup>45</sup> Los fundamentos del Estado, en su propio despliegue, agitan estas dificultades. El modo en que ellas se enfrentan, determinan la manera en que éstas se resuelven y hasta dónde mantienen su consistencia con otros principios.

El reconocimiento del pluralismo, conforme a lo anterior, ha de consagrarse en el derecho penal a partir de una determinación jurídico-práctica previa, a saber, aquélla que establezca según qué criterio el derecho considera indígenas a determinados ciudadanos.

La cultura está determinada aquí por una forma de vida peculiar, por un carácter y por unas costumbres compartidas, es decir, por un *ēthos*. Las costumbres compartidas no se definen únicamente de un modo espacial, sino por lo que siendo común –lengua, religión, derecho o historia– es querido. La voluntad de formarse en lo común es la que determina una comunidad cultural.<sup>46</sup> El reconocimiento del conjunto de normas que regulan la convivencia de una comunidad exige, sin embargo, que la voluntad de obedecerlo se concrete en un espacio organizado políticamente. Este espacio es el territorio. El pluralismo jurídico presupone, pues, no sólo la convicción de pertenencia a una comunidad y obediencia de sus normas, sino también un espacio en que dichas normas se apliquen y obedezcan.<sup>47</sup> La convivencia de distintas comunidades y ordenamientos los expone, con todo, a influencias ajenas innumerables que impiden la determinación de cada uno a partir de una sola. Esta dificultad es determinante para el derecho penal, por cuanto, cuando se trata de establecer la responsabilidad penal, habrá de discutirse la capacidad de motivarse por las normas que rigen y exigen tal responsabilidad.

En los espacios que están menos expuestos a influencias externas es más sencillo advertir la motivación de una actuación. Ella es decidida por la cultura que sostiene las

---

45 Estas preocupaciones son las que, en otro contexto (el de las inmigraciones a Europa), han expresado Hassemer, en Alemania, y Silva Sánchez, en España. Respecto a ellos, respectivamente, vid. Hassemer (1988: 101) y Silva Sánchez (2001: 109). A pesar de los inconvenientes, Höffe está convencido que ellos no imposibilitan la tarea de la convivencia intercultural, si se proponen soluciones pragmáticas, vid. Höffe (1999).

46 El servicio a lo común es lo determinante (cf. Villoro 2003: 26).

47 Así, explícitamente, Bonfil Batalla (1995: 13).

normas y prohibiciones compartidas. Los conflictos que se produzcan allí deben, en principio, escapar a un derecho penal unívoco.<sup>48</sup> Esta renuncia estatal a un único ordenamiento jurídico confirma el pluralismo en términos jurídicos. Que ella se considere en principio, quiere decir, no obstante, que no es total, puesto que tales normas han de respetar los límites que el mismo pluralismo dispone no para una comunidad en cuestión, sino para todas ellas. La convivencia entre las mismas es la que exige estos límites, pues los miembros de ellas, en cuanto son traspasados los espacios de influencia de una, recurren, al discutirse el quebrantamiento de alguna, a instancias que, no siendo las propias, han de resolver tal conflicto. Un ordenamiento jurídico común, aunque no único, es, por lo tanto, indispensable. En los casos límite, esto es, al discutirse la violencia y afección coactiva de una persona, la política criminal ha de orientar una intervención según las consecuencias, asegurándose que la intervención penal sea *ultima ratio*. El grado de motivación en las actuaciones habrá de tenerse en cuenta, a su vez, caso a caso, al discutirse la responsabilidad penal común según tales límites.

Esta multiplicidad de ordenamientos que el pluralismo jurídico sugiere, suele ser entendida como vulneración de la igualdad ciudadana. Esta preocupación se diluye si se considera que la particularidad, que esos ordenamientos representan, es superada por normas generales que armonizan tales ordenamientos. Estas normas son las universales. Que los conflictos dentro de una comunidad indígena sean resueltos internamente, sin intervención del derecho general, no quiere decir, por lo tanto, que nunca estén referidos a éste. En cuanto ese conflicto supera a la comunidad, el derecho que se aplica es general. Para el resto, la solución interna no puede sino ser incomprendible, de la misma manera que lo es para el indígena un ordenamiento externo. La universalidad del derecho no está, sin embargo, en cuestión, pues ella se confirma en los límites que un derecho universal siempre supone, límites que pueden incluso ser internos, si un determinado ordenamiento supera las condiciones generales que permiten la convivencia de los distintos.<sup>49</sup>

Un derecho penal plural confirma, de esta manera, la definición previa del Estado en estos términos. La sistemática prevista por la dogmática lo considera en cuanto le sirve de supuesto, cuestión que no supone renunciar a las valoraciones ético-jurídicas a

---

48 En este sentido, García Vitor (1994: 18).

49 Las discusiones que esto plantea desde la teoría del derecho, son innumerables, a modo ejemplar, refiero algunas obras: Hoekema (1999: 263-294). Una opinión distinta a Hoekema, que plantea una instancia consensuada por las distintas comunidades, en contra Carbonell (2003: 854-858). Una discusión acerca de si las costumbres entre los indígenas pueden considerarse desde la teoría del derecho formalmente válidas, en Peña Jumpa/Cabedo Mallol/López Bárcenas (2002: 181-203). Igualmente, Correas (1994: 15-31). La aplicación de estos límites, referidos al derecho penal, son confirmados por Hurtado, quien los considera protecciones mínimas que deben garantizarse universalmente (cf. Hurtado Pozo 1996: 123-125). A partir de estos límites ha de determinarse la responsabilidad penal, por mucho que se reconozca la pluralidad (cf. Zaffaroni 1982: 49).

partir de las cuales se definen los actos como típicos, sino sencillamente a considerar, en su sistematización, las distintas. La política criminal, por su parte, debe venir orientada a consagrar e implementar tal definición. Este propósito práctico es el que está en desarrollo.

La reconsideración del indígena desde el pluralismo supone, en consecuencia, que el derecho penal define qué derecho sistematiza la solución penal de los casos y qué política criminal orienta la consideración plural que de ahí se sigue. Por lo que respecta a lo primero, el derecho tiene los límites generales previstos por el ordenamiento común para todos los ordenamientos particulares. Estos límites están determinados por los principios que definen al Estado pluralmente y por los procedimientos que concretan tal definición. El principio –libertad– y el procedimiento –la democracia– son los universales. El establecimiento democrático de los límites es, pues, decidido por la asamblea, en la que están representados los afectados por establecimiento de tales límites. El derecho penal, el conjunto de normas penales que la dogmática, a partir de tales supuestos, sistematiza, es el derecho común, que se aplica sin distinción. Ahora bien, que se apliquen las categorías penales establecidas según lo previsto en el ordenamiento jurídico, cuestión que ha de entenderse en conformidad a todas las garantías previstas por éste y, muy especialmente, a su carácter de *ultima ratio*, ha de venir determinado por una aplicación orientada por las consecuencias que la política criminal define, esto es, ha de refrendar el respeto de tales garantías y la aplicación en conformidad a dichas orientaciones, considerando, en cada caso, conforme a qué normas jurídicas, esto es, a qué cultura que las decide, fueron ejecutadas las acciones que determinan una persecución penal.

Las consecuencias penales que de aquí se siguen son varias, por lo pronto tres: (a) la definición del delito, la responsabilidad y la pena en atención al pluralismo, (b) la aplicación del derecho penal en lugar de medidas de seguridad y (c) la redeterminación de la pena.

(a) Es indudable que las definiciones dogmáticas sobre estos tres elementos son numerosas y obedecen a la influencia de distintas escuelas que están a la base de las correspondientes concepciones. El pluralismo exige, en cuanto elemento constitutivo del Estado, su consideración en estas definiciones penales. El reconocimiento de la diversidad cultural transforma así la comprensión del carácter general del delito y de la inimputabilidad del indígena, con la consecuente no aplicación de penas, sino de medidas de seguridad. Esta comprensión, dominante durante más de un siglo (junto a la posible aplicación de leyes especiales), obedece, por cierto, a las influencias coloniales y, más tarde, positivistas, sobre todo a la adaptación de la escuela italiana representada por Ferri. Los presupuestos que la orientan son conocidos. Su aplicación en América Latina, también.<sup>50</sup> En estos casos, la aplicación de criterios peligrasistas está referida

---

50 Además de las obras arriba consideradas, véase también, ampliamente, del Olmo (1987: 122ss.).

al delincuente, y no particularmente al indígena. No obstante, considerado éste un inimputable, las medidas de seguridad propias de éstos se expanden a los indígenas – considerados peligrosos– hasta afectar directamente su formación. Ello les fuerza a formarse en una cultura ajena, aplicándoseles, para ello, el derecho penal del peligroso. En estos casos, la determinación del delito rebasa su propia definición, pues la antijuridicidad es imposible determinarla desde los supuestos del mismo ordenamiento sin referencia a la comprensión del injusto, cuestión que no es más, en la inmensa mayoría de los casos, que la expresión de una exigencia imposible. La responsabilidad exigida a un inimputable deja, como corolario, a un margen la discusión por la culpabilidad y establece no ya penas, sino medidas de seguridad. La aplicación de un derecho penal común confirma así la pretensión asimiladora que orienta a la política criminal. El posterior dominio del positivismo confirma, por su parte, una integración coactiva, que es la que el reconocimiento de la diversidad ha de superar ahora penalmente.

La afirmación del pluralismo exige un derecho penal que esté inspirado por éste, cuestión que ha de venir definida políticamente. Los indígenas son imputables, en la medida en que son capaces de querer ser quiénes son. Ello exige una revisión de la tipicidad y la antijuridicidad, dando cuenta de esta capacidad. La responsabilidad penal, consecuente con ello, ha de establecerse sobre la base de esta plena capacidad, teniendo en cuenta la comprensión de los injustos penales ajenos. Si ello se confirma, cuestión que sólo puede y debe determinarse caso a caso, entonces la aplicación del castigo ha de ser una pena, que necesariamente ha de aplicarse también considerando tal pluralismo. La culpabilidad se confirma, de este modo, como límite de la pena.

(b) El derecho penal reconoce plena capacidad a sus ciudadanos culturalmente distintos. Ha de desacreditar, consecuentemente, cualquier referencia a su diferencia en términos de peligrosidad y, por lo tanto, no tiene ningún sentido aplicar medidas de seguridad. Si se ha de castigar, ha de ser con penas. Lo contrario sería exponer estas diferencias a un menor número de garantías, cuestión que no sólo desprotegería la misma diversidad, sino, en esa medida, violentaría los mismos principios del derecho penal.<sup>51</sup> A la política criminal le corresponde tener especialmente en cuenta tales principios al aplicar las penas, pues ellas han de venir orientadas por los mismos. Los límites del castigo y la forma del mismo –penas- no resuelven, sin embargo, cuándo ellas se aplican. Ello depende, ciertamente, de la comprensión de la pena.

---

51 Los presupuestos de la pena y de la medida de seguridad son bien distintos. En la aplicación de la medida de seguridad se esconde la determinación de declarar peligroso a los indígenas. Sobre esta distinción, vid. Sotomayor (1996: 151-155). La peligrosidad, considerados así los indígenas, se neutraliza por medio de una inexigibilidad. Luego, aunque pueda, no es exigible que el indígena renuncie a su cultura, así Becerra (1997: 30).

(c) Las penas son castigos establecidos una vez determinado el carácter de delito de los hechos y la responsabilidad de los autores en los mismos. Esta responsabilidad, de la misma forma que el principio general, puede considerarse individual, subjetivamente. Ello confiere a la pena, en un primer momento, un carácter retributivo. Nino ha demostrado suficientemente, leyendo a Kant, que, en definitiva, la responsabilidad sobre la base de la que se pena es, según este criterio, moral, pues valora el carácter de las personas, siendo esto contrario a la autonomía, es decir, a la determinación – conforme a dicho carácter– con que cada uno establece su existencia.<sup>52</sup> El pluralismo amplía la referencia. Así, ella no es sólo a la moralidad, sino a la cultura, de manera que la pena ha de ver, en conformidad con ello, necesariamente reducido su carácter retributivo. El derecho penal enfatiza entonces no ya el carácter subjetivo de la pena, sino el objetivo.

Esto significa que la pena tiene más bien un carácter preventivo. La consideración del conjunto de la sociedad –en este caso plural– del daño que la misma legislación penal busca prevenir y que, producido, castiga, ha de estar determinado de acuerdo al carácter pluralista que la misma sociedad no sólo representa, sino reconoce en sus distintos cuerpos legales.

Conforme a lo anterior, la política criminal ha de redefinir el delito, la responsabilidad y la pena. No es que la sistemática penal, que representa la dogmática, devenga plural, sino que su despliegue debe orientarse por tal principio. Una consolidación definitiva del mismo, por supuesto que sería imposible sin los aportes de la criminología, que ha de fortalecer la política criminal en igual sentido. El derecho penal se decide, entonces, por la voluntad de pluralismo, es decir, por la libertad universal para ser quién se es. La sociedad que se da para sí este pluralismo, castiga a quienes lo vulneran y, asimismo, a quienes superan los límites que lo posibilitan. Las normas jurídicas, y las culturas que ellas expresan, son, pues, reconocidas en su diversidad, garantizada por un derecho que hace de ella una exigencia universal. La convivencia de ellas sugiere una consideración no sólo local de tales normas, en cuyo caso el derecho común sólo se aplica si se superan los límites o si uno de los miembros lo exige por advertir, precisamente, que éstos se superan, sino una consideración más allá del espacio en que las normas están llamadas a aplicarse, según la comprensión de las normas y culturas que se presentan en conflicto. El pluralismo ha de resolver tales conflictos de modo que la afección de las normas particulares se entienda como garantía para que todas, en conjunto, puedan convivir en pluralidad. La pena, en estos casos, sólo habrá de

---

52 Al respecto, vid. Nino (1999: 75). Esta tensión se presenta ya en los albores de la ciencia penal. Binding y von Liszt enfrentaron esas posturas en derredor de las discusiones acerca del código penal prusiano de 1851 y el imperial de 1871, bajo influencia de Kant y Hegel, por una parte, y Schopenhauer, por otra. Una presentación, aunque muy general, se puede revisar en Cofré (2000: 84-92).

aplicarse si la misma política criminal lo considera necesario objetivamente, es decir, si la coacción es indispensable para la común convivencia en la diversidad protegida.

El derecho penal moderno y la política criminal que lo sostiene, quedan, en definitiva, siempre vueltos hacia el fundamento del Estado y es inevitable que el derecho penal común no esté impregnado por las valoraciones que posibilitan la realización de tales fundamentos. Dicho de otro modo, sus fundamentos desarrollan, en su especialidad, los del Estado, y eso quiere decir que, por encima de la coyuntura que toda praxis supone, incluida la misma praxis del Estado, han de remitirse a la idea en que hacen pié. Este desarrollo no es necesariamente el unívoco quehacer compartido, sino el que posibilita que lo compartido y lo, a partir de él, distinto, se desarrolle. La dogmática sistematiza las ideas, la política criminal las expresa a través de orientaciones que fijan su sentido práctico. Los fundamentos, en fin, sólo pueden confirmarse en el quehacer mismo, sin que, conseguido ello, su mantenimiento continúe siendo una garantía. El compartido quehacer en estos fundamentos expresa, por eso, un *ēthos* nuevo, que, a su vez, determina la transformación universal del derecho penal en que se expresa, el cual no queda expuesto a las peculiaridades que el pluralismo garantiza, sino ellas son garantizadas por éste, siendo el *ēthos* que posibilita su desarrollo el que realiza penalmente los límites últimos de la violencia estatal.

### Bibliografía

- AA. VV. (1956): *Estudio jurídico-penal y penitenciario del indio*, 2ª edición. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.
- Aristóteles (1959): *Ethica Nicomachea = Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Ávila Martel, Alamiro de (1941): *Esquema del derecho penal indiano*. Santiago de Chile: Ediciones Santiago.
- Ballón Aguirre, Francisco (1980): *Etnia y represión penal*. Lima: Centro de Investigación y Promoción amazónica.
- Barié, Gregor (2000): *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*. México, D.F.: Instituto Indigenista Interamericano.
- Barrientos, Javier (1999): "El sistema del 'ius commune' en las Indias occidentales". En: *Revista internazionale di diritto comune* (Roma), 10: 53-137.
- Becerra, Nicolás (1997): *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios políticos y administrativos.
- Benítez, Hernán (1988): *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano, ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*. Bogotá: Temis.
- Bobbio, Norberto/Mateucci, Nicola (eds.) ([1982] 1983): *Diccionario de política*, vol. I. Madrid: Siglo XXI.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1999): *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt/Main [Francfort/M.]: Suhrkamp.

- Bonfil Batalla, Guillermo (1990): "Aculturación e indigenismo: La respuesta india". En: Alcina Franch, José (ed.): *Indianismo e indigenismo*. Madrid: Alianza, pp. 189-209.
- (1995): "Diversidad y democracia: Un futuro necesario". En: Grünberg, Georg (ed.): *Articulación de la diversidad. Pluralidad étnica, autonomía y democratización en América Latina*. Quito: Abya Yala, pp. 9-27.
- Borja Cevallos, Rodrigo (ed.) ([1997] 1998): *Enciclopedia de la política*. México, D.F.: FCE.
- Campo, Salustiano del (ed.) (1975): *Diccionario de ciencias sociales*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Carbonell, Miguel (2003): "La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: Una aproximación teórica". En: *Boletín mexicano de derecho comparado* (México, D.F.), 36.108: 839-861.
- Carmagnani, Marcelo ([1975] 1976): *Formación y crisis de un sistema feudal. América Latina del siglo XVI a nuestros días*. Traducción al castellano: Félix Blanco. México, D.F.: Siglo XXI.
- Carmona Castillo, Gerardo (1995): *La imputabilidad penal*. México, D.F.: Porrúa.
- Cervini, Raúl (1989): "Acerca del principio del respecto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica". En: *Revista de ciencias penales* (Santiago de Chile), cuarta época, 39.2: 133-151.
- Cofré, Juan (2000): "Sobre la legitimación de la pena". En: *Estudios de Deusto* (Bilbao), segunda época, 48.2: 80-99.
- Correas, Óscar (1994): "La teoría general del derecho frente al derecho indígena". En: *Crítica jurídica* (México, D.F.), 14: 15-31.
- Drapkin, Israel/Jeldes, Fidel (1948): "Algunas consideraciones acerca de la criminalidad entre los araucanos". En: *Revista de ciencias penales* (Santiago de Chile), segunda época, 10: 106-109.
- Dupouy, Walter (1956): "La legislación indigenista en la Venezuela de la Colonia y de la República". En: *Ateneo* (Caracas), 1.3: 12-15.
- Elias, Norbert (1997): *Über den Prozess der Zivilisation*. Frankfurt/Main [Frankfurt/M.]: Suhrkamp.
- García Vitor, Enrique (1994): *Diversidad cultural y derecho penal*. Santa Fe (Argentina): Universidad Nacional del Litoral.
- Góngora, Mario (1986): *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Santiago de Chile: Universitaria.
- Gonzaga, João (1980): *O direito penal indígena na época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Edit. Max Limonad.
- Hassemer, Winfried (1988): "Interkulturelles Strafrecht". En: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (eds.): *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag*. Berlín/Heidelberg/New York [Nueva York]: Springer, pp. 101-123.
- Hoekema, André (1999): "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario". En: Castro, Milka/Sierra, María Teresa (eds.): *Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*. México, D.F.: Instituto Indigenista Interamericano, pp. 261-300.
- Höffe, Otfried (1999): *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?* Frankfurt/Main [Frankfurt/M.]: Suhrkamp.
- Hurtado Pozo, José (1979): *La ley importada*. Lima: CEDYS.

- (1996): “Derecho penal y derechos culturales”. En: Borgui, Marco, et al.: *Derechos culturales*. Lima/Friburgo (Suiza): PUCP/Université de Fribourg, pp. 105-127.
- Jiménez de Asúa, Luis (1956): *Tratado de derecho penal*, tomo I. Buenos Aires: Losada.
- Kant, Immanuel ([1797] 2001): *Die Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam.
- König, Hans-Joachim/Wiesebron, Marianne (eds.) (1998): *Nation Building in Nineteenth Century Latin America. Dilemmas and Conflicts*. Leiden (Países Bajos): Research School, CNWS.
- Konetzke, Richard (1967): “Einige Grundzüge der geschichtlichen Besonderheit Lateinamerikas auf der westlichen Hemisphäre”. En: *Historische Zeitschrift* (München [Munich]), 104.1: 1-78.
- Kuppe, René (2002): “Indianische Rechte und Partizipation im Rahmen der Verwirklichung eines plurikulturellen und multiethnischen Staates”. En: *Indiana* (Berlín), 17/18 (2000/2001): 105-133.
- Lagos, Marcelo (2000): *La cuestión indígena en el Estado y la sociedad nacional. Gran Chaco 1870-1920*. San Salvador de Jujuy (Argentina): Universidad de San Salvador de Jujuy.
- Leoussi, Athena (ed.) (2000): *Encyclopedia of Nationalism*. New Brunswick [Nueva Brunswick]/London [Londres]: Transaction Publishers.
- Levaggi, Abelardo (1990): “Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el siglo XIX”. En: Levaggi, Abelardo (ed.): *El aborigen y el derecho en el pasado y en el presente*. Buenos Aires: Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), pp. 245-284.
- (1992): “Muerte y resurrección del derecho indiano sobre el aborigen en la Argentina del siglo XIX”. En: *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* (Köln [Colonia], 29: 179-193.
- (2001): “República de indios y república de españoles en los reinos de las Indias”. En: *Revista de estudios histórico-jurídicos* (Valparaíso, Chile), 23: 419-428.
- Liszt, Franz von (1905): *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlín: J. Guttentag.
- Lynch, John (1973): *The Spanish-American Revolutions, 1808-1826*. New York [Nueva York]: Norton.
- Maestre Alfonso, Juan (1982): “El tratamiento del componente indígena en el derecho constitucional latinoamericano”. En: *Revista de política social* (Madrid), 135 (jul.-sep. 1982): 107-114.
- Maravall, José Antonio (1991): *Estudios de la historia del pensamiento español (s. XVIII)*. Madrid: Mondadori.
- Nino, Carlos (1999): “Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal”. En: *Revista jurídica de estudiantes* (Madrid), 1: 47-82.
- Novoa Monreal, Eduardo (1980): *Causalismo y finalismo en derecho penal*. San José (Costa Rica).
- Olesa Muñido, Francisco (1953): *Derecho penal aplicable a indígenas en los territorios españoles del golfo de Guinea*. Madrid: CSIC.
- Olmo, Rosa del (1987): *América Latina y su criminología*. México, D.F.: Siglo XXI.
- Ots Capdequi, José María (1986): *El Estado español en las Indias*. México, D.F.: FCE.
- Peña Jumpa, Antonio/Cabedo Mallol, Vicente/López Bárcenas, Francisco (2002): *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. Lima: PUCP.

- Pietschmann, Horst (1999): "Conciencia de identidad, legislación y derecho: algunas notas en torno al surgimiento del 'individuo' y de la 'nación' en el discurso político de la monarquía española durante el siglo XVIII". En: Grosse, Sybille/Schönberger, Axel (eds.): *Dulce et decorum est philologiam colere. Festschrift für Dietrich Briesemeister zu seinem 65. Geburtstag*. Berlín: Domus Editoria Europaea, pp. 535-554.
- Prado, Maximiliano (2003): *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- Reichtum von Dänemark (1955): *Das dänische Kriminalgesetzbuch für Grönland*. Traducción e introducción: Franz Marcus. Editado por: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Freiburg i.Br. [Friburgo de Brisgovia]). Berlín: Walter de Gruyter & Co.
- Reyes Echandía, Alfonso (1984): *La imputabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rialp (1973): *Gran Enciclopedia Rialp*, vol. 12. Madrid: Rialp.
- Roxin, Claus (1972): *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción al español: Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.
- Sanguino, Alirio (1990): "El indígena ante el derecho penal. Testimonio de una afrenta socio-cultural". En: *Estudios de derecho* (Medellín, Colombia), segunda época, 50.5-6: 205-287.
- Silva Sánchez, Jesús (2001): *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Sotomayor, Juan Oberto (1996): *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Stoetzer, Carlos (1982): *Las raíces escolásticas de la emancipación española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Tocora, Fernando (1990): *Política criminal en América Latina*. Bogotá: Ed. Libr. del Profesional.
- Tomás de Aquino (s.a.): *Summa theologica* [en español]. Publicación electrónica; URL: <<http://www.dominicos.org/publi.asp>> [04.08.2005].
- Tomás y Valiente, Francisco ([1969] 1992): *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Madrid: Tecnos.
- Vélez, Luis (1981): "El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el Nuevo Código Penal". En: *Nuevo Foro Penal* (Medellín, Colombia), 2.11: 357-362.
- Vernier de Byans, Charles Joseph (1906): *Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions coloniales*. París: Alfred Leclerc.
- Villoro, Luis (1950): *Los momentos del indigenismo en México*. México, D.F.: FCE.
- ([2001] 2003): *De la libertad a la comunidad*. Madrid: FCE.
- Werz, Nikolaus (1995): *Pensamiento sociopolítico moderno en América Latina*. Traducción al castellano: Gustavo Ortiz. Caracas: Nueva Sociedad.
- Yrureta, Gladys (1981): *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Zaffaroni, Eugenio (1977): *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- (1982): *Política criminal latinoamericana. Perspectivas - disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi.
- (1984): "Problemas de política criminal latinoamericana". En: *Revista de derecho penal* (Montevideo), 6: 3-44.