

El derecho penal y la pericia antropológica.

Manuel A. J. Moreira.

Cita:

Manuel A. J. Moreira (2008). *El derecho penal y la pericia antropológica. IX Congreso Argentino de Antropología Social. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Misiones, Posadas.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-080/101>



EL DERECHO PENAL Y LA PERICIA ANTROPOLÓGICA

Por **Manuel A. J. Moreira**

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL)

Magister en Antropología Social (UNaM)

Investigador CEDEAD

En los casos judiciales donde son requeridas pericias antropológicas para explicar la conducta, cultura y medios de vida de una persona de origen indígena que ha sido sometida a proceso, se crean expectativas diferentes entre los operadores judiciales y los antropólogos sociales. Por un lado, se confía en que la incompetencia cognitiva del acusado sobre el sistema hegemónico lo conduzca a un inmediato estado de inocencia y, por el otro, desde la Agencia Judicial, se espera un dictamen pericial que científicamente pruebe de manera categórica la ausencia de responsabilidad penal. Ambas expectativas contrastan negativamente por la intransigencia al momento del intercambio de saberes y casi siempre producen más confusión y menos certeza de la esperada. En esta ponencia trataré de explicar algunas cuestiones muy elementales sobre estos desajustes epistemológicos que suceden en el cruce interdisciplinario, consistentes en el uso de las categorías y sus significados, tanto las del Derecho Penal (reprochabilidad, antijuridicidad y culpabilidad) y las propiamente antropológicas (cultura, etnia, cosmovisión e identidad).

1. Introducción.

En una causa criminal donde una persona es juzgada, muchas veces se solicitan pericias en diferentes órdenes técnicos y científicos. En algunos casos el informe pericial se inscribe en lo tecnológico, matemático o biológico, entonces el margen de certeza se comprime sobre la duda, la probabilidad aumenta como una evidencia y hasta como un hecho notorio. Por ejemplo el perito que determina la similitud de un ADN, o que demuestra que un arma de fuego era inservible o que los registros contables estaban fraguados.

Las dudas en los resultados de una pericia aumentan por tres motivos básicos: cuando el material o la escena fue contaminada, cuando la operación científica se apartó

de la metodología declarada o cuando el campo experimental que alude resulta muy controversial o desconocido. En el caso de la “cultura” como objeto de la pericia nos encontramos con el último obstáculo epistemológico para aceptar la pericia, conectar sus resultados con la certeza esperada o explicar adecuadamente el hecho. Y aún queda una última cuestión para el Juez: que la ley permita transferir el resultado de la pericia al caso investigado.

Parar comprender los desacuerdos y confusiones que aparecen cuando se trata de entender las lógicas aplicadas por el juzgador para valorar una pericia realizada por un antropólogo en una causa judicial es necesario conocer elementalmente de qué se trata el proceso judicial, que finalidad persigue, que principios lo regulan y cómo estos aspectos resignifican las comprobaciones del hecho, operaciones y pruebas científicas practicadas.

La finalidad del procedimiento normativo penal prevalece operativamente sobre el conocimiento extralegal de la pericia. Y esta inversión que se produce a través de los mecanismos rituales puede afectar las expectativas del perito o apartarse visiblemente de los estándares conocidos en otros campos disciplinares. El juicio del perito resulta algunas veces incompatible con el razonamiento legal y sus conclusiones no necesariamente caben en las premisas seguidas para resolver, generando la apariencia de una solución absurda o no validada en los hechos. La percepción distorsionada de los métodos judiciales suele alentar confusiones y perplejidades sobre el orden lógico seguido por el Juez.

Como en todos los espacios sociales e institucionales también existen representaciones y creencias sobre cómo funciona la justicia y que muchas veces resultan inexactas o extravagantes. Porque la exteriorización del fenómeno judicial generalmente oculta las reglas que se han seguido para resolver una cuestión. Se trata de un ocultamiento de los principios que ordenan el método para resolver el conflicto. Ocultamiento que muchas veces se encuentra en un orden tácito y previamente consensuado entre los operadores, pero resulta incómodamente extraño para quienes no conocen estos aspectos. Como “debido proceso legal”, principio de “oficialidad”, de “improrrogabilidad de la jurisdicción”, de “indisponibilidad” o de la “verdad real”. Conformando no solo prácticas o rutinas como se describen etnográficamente, o también discursos o métodos de resolución de conflictos, sino un verdadero sistema. Y esta naturaleza sistémica es la que confunde y desorienta al observador desprevenido y

mucho más al que aplica tácticas comparativas apresuradas desde su campo disciplinar o cognitivo.

El ocultamiento es mayor en el campo penal donde existen muchas contiendas teóricas que no son explicadas en las decisiones, sino que se incluyen en el relato legal desde la perspectiva adoptada y el observador solo puede orientarse a partir de los conceptos utilizados, los autores mencionados o la propia argumentación. El garantismo, el abolicionismo, los derechos humanos y la diversidad cultural son preocupaciones que han desatado un rico debate y al mismo tiempo un efecto devastador en cuanto a la anarquía teórica residual.

2. El marco legal en la justicia criminal.

La primera tarea para una correcta exploración de las lógicas judiciales es evitar la simplificación de la experiencia legal y la generalización apresurada. Operaciones que comprometen la observación porque casi siempre incluyen un prejuicio negativo que contamina la reflexión.

También deberá tenerse presente los sistemas de valoración de la prueba. Por ejemplo el de los jurados es de “*íntima convicción*” porque no necesitan explicar las razones de su veredicto. Otras formas son la “*tasada*”, o “*tabulada*” donde la prueba se encuentra predeterminada por la ley. Y la “*sana crítica racional*” o de “*libre convicción*”¹ donde la ponderación se realiza según “*las reglas de la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano*” (Jauchen: 53). Y finalmente considerar en qué modelo judicial se solicita la pericia, si es oral, escrito, inquisitivo, acusatorio o mixto.

El obstáculo mayor para entender las lógicas judiciales son los principios que ordenan el sistema y no la forma de razonar. Porque estos principios condicionan el razonamiento de los operadores judiciales que deben seguir una lógica sometida a controles, garantías, recetas y pautas de legitimación e invalidación. Este programa del ordenamiento legal permanece invisible a la percepción social, como una tecnología que muestra solamente sus resultados, como actos de poder que son vistos en términos de legitimidad o ilegitimidad. Esta lectura social, alentada mediáticamente fomenta y estimula la tendencia exotista que se cierne sobre el derecho, frecuentemente confundido con el poder que circula en sus dominios. Y de esta manera se construye en

¹ En Europa se designa como de “*libre convicción*” al sistema denominado de “*íntima convicción*”.

el imaginario la idea fantasiosa de un mecanismo sinuoso y obsesivamente ritualizado. Además de otros estigmas como lentitud, corrupción o falta de independencia que anticipan un escenario calamitoso, que es tanto real en algunos aspectos como falsificados en otros.

Con estas aclaraciones muy liminares podemos examinar con mejores expectativas el proceso de cognición del Juez y los fundamentos que utiliza para resolver una cuestión que cae dentro de su competencia.

Otra de las razones que obstaculiza la comunicación interdisciplinar es que la pericia antropológica no figura entre las denominadas tradicionales, es sistemáticamente excluida de los textos jurídicos que estudian el tema, por la ausencia de colegiación. Tampoco es reconocida en las listas confeccionadas por los tribunales de Argentina que ordenan el registro de peritos a los que se podrá acudir, lo que aumenta la desconexión entre ambas disciplinas. Profundiza la extrañeza el hecho de que el Antropólogo Físico o Forense se encuentra integrado a la administración de justicia y participa activamente en una sostenida e importante actividad pericial.

3. La construcción de la “verdad” y la “verdad” de la construcción.

En un encuentro entre antropólogos y operadores judiciales realizado en noviembre del 2000 en Florianópolis (Brasil) se elaboró un documento de trabajo de la oficina sobre laudos antropológicos denominada *Carta de Ponta das Canas* que establece una serie de guías y recomendaciones (2000) entre las que señala:

Que uno de los “principales problemas en la relación de los antropólogos con las demandas del campo jurídico y administrativo está en las alteridades entre tales campos conceptuales, profesionales e ideológicos”

Según este documento esas dualidades consisten en producir “verdades” o producir “interpretaciones”. En realidad esta alteridad puede ser real o aparente. También el antropólogo construirá una “verdad” cuando elabore su informe y conclusiones, porque sus fuentes, informantes y observación revelarán un hecho, mediante su explicación de donde se inferirá categorías de verdad o falsedad, consistentes en determinar la pertenencia étnica, la fidelidad cultural, la ocupación tradicional de un territorio o el desconocimiento de ciertas prohibiciones existente en la sociedad dominante. Estas serán comprobaciones, que el Juez, en su valoración tendrá por verdaderas, dudosas o falsas, según los criterios de selección y métodos aplicados por el experto. Aunque desde el marco disciplinar de la Antropología se traduzca la

operación pericial como “*explicaciones densas*” (Carta da Punta das Canas, 2000), desde la perspectiva judicial podrá ser incluida como una prueba de la “*verdad histórica*” que permitirá resolver el litigio, de una manera o de otra.

En algunos casos pueden invertirse las funciones cognitivas y la “verdad” antropológica interpretada o adaptada a un molde estereotipado del Derecho. Sobre todo en las soluciones que se detallan en algunas recientes investigaciones sobre el Derecho Penal (Borja Jiménez, 2001).

Sobre la categoría “verdad” es conveniente acotar su tratamiento porque representa unos de los problemas principales de la Filosofía y la discusión sobre su significado se ha extendido a otros espacios académicos. En este punto debemos separar la discusión sobre la “verdad” dentro de la lógica, de la teología, de la filosofía y también de la lingüística. Controversias que impiden alcanzar un acuerdo epistemológico provisorio. En resumen se agrupan en teorías denominadas “robustas” donde figura la teoría de la correspondencia o adecuación, de la coherencia, del consenso o constructivismo social. Las teorías deflacionistas y las teorías formales que agrupan las teorías semánticas y las de Kripke.

Para el caso del Derecho nos interesará destacar la denominada teoría de la *adecuación o correspondencia* que aparece como principal objeto de discusión cuando se intenta explicar la argumentación legal. En realidad resulta la más ingenua y mecánica porque funciona como un calco de los enunciados al objeto o el hecho en forma de transferencia cognoscitiva. Se une el producto fáctico a la representación mental.

Por el contrario, en el Derecho no siempre resulta posible establecer esta idealizada “correspondencia” mediante la denominada “búsqueda de la verdad”. En el Derecho la “verdad” es una categoría y debe ser vista de ese modo. Se trata de una herramienta conceptual con significados propios. Las escuelas más actuales del derecho se apartan de la teoría de la correspondencia y describen el principio como una “verdad aproximativa” o idealizada. Se trata de una “verdad” que surge de la combinación entre los hechos, el dogma legal, la percepción judicial y los principios de la ley.

Guillermo Orce explica (1998: 263-264)

“El razonamiento podría ser el siguiente: si la ciencia, paradigma de la racionalidad renuncia a pretender certeza, y la aplicación del Derecho para ser legítima debe perseguir la racionalidad propia de la ciencia, es coherente que también se renuncie a alcanzar esa certeza en Derecho procesal...En síntesis, esta característica, compartida por la investigación

*científica y el proceso penal, de alcanzar siempre resultados aproximativos y nunca una perfecta correspondencia, es usada por Ferrajoli para legitimar el proceso y dotarlo del aura de prestigio que le aporta el paradigma moderno de la racionalidad que encarna la ciencia ”.*²

La discusión no se agota con afirmar que la “verdad” en el campo jurídico es aproximativa, relativa o solamente operacional, sino que provoca una paradoja que consiste en proponerse buscar la verdad y al mismo tiempo autolimitarse con reglas y prohibiciones suficientes para no encontrarla más que eventual o provisoriamente. Y estos límites son las garantías y los principios limitantes del sistema legal. De esta manera es muy difícil iniciar una comparación desde el campo de la Antropología Social de la “verdad” conocida, empírica o científica con la “verdad” perseguida en el proceso penal, sin advertir que el propio sistema garantista es el que se ha encargado de debilitar su búsqueda hasta el punto de suprimirla en algunos casos.

La construcción de la “verdad” en el derecho procesal es diferente a la “verdad” que descubre y explica el antropólogo cuando estudia y explora un caso. Por ejemplo el antropólogo no se detendrá ante ningún obstáculo interactivo, pero el Juez muchas veces, deberá hacerlo porque se encuentra limitado por principios y reglas para adquirir la prueba que pueden bloquear su competencia cognitiva. De esta forma una pericia antropológica puede contener datos que el Juez no puede valorar, porque fueron adquiridos en violación de alguna forma legal o simplemente se encuentran prohibidos, como la declaración de familiares en contra del acusado, la ausencia de algún requisito o condición. La confesión que en el imaginario colectivo es como la epifanía de la verdad, en el proceso penal moderno no lo es. Si lo era dentro de la maquinaria de la Inquisición, donde la única tarea de esta era obtener la confesión del prisionero, el reconocimiento de su culpabilidad y una sumisión penitente (Kamen: 188-206). Esto significa que a partir del principio de la “verdad real” el Derecho actual exige que el hecho se compruebe a través de otros medios. Y este aspecto puede chocar con las expectativas de quien ignora estos principios y puede experimentar decepción o incertidumbre frente a circunstancias que le permiten acceder a una certeza artificial, ajena a los principios del Derecho. Por ejemplo el antropólogo puede incluir y valorar en su informe las entrevistas con el acusado, mientras que el Juez se encuentra limitado

² Señala Ferrajoli (1998:53) que en la inferencia judicial “la conclusión tiene, por tanto, el valor de una hipótesis probabilística en orden a la conexión causal entre el hecho aceptado como probado y el conjunto de los hechos adoptados como probatorios. Y su verdad no está demostrada como lógicamente deducida de las premisas, sino solo probada como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción”

por el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que le permite al imputado negarse a declarar e inclusive a mentir sin que esto se valore en su contra.

4. La cultura como error o desviación.

Con estos datos preliminares estamos en condiciones de observar que la convergencia disciplinar entre la Antropología Social y el Derecho no se encuentran cómodamente fortalecidas al momento de interpretar una pericia en el campo del Derecho Penal. Sobre todo cuando están en juego aspectos cognitivos del sujeto juzgado que deben medirse a partir de su pertenencia cultural. Aumenta la incomodidad cuando la persona juzgada es un indígena que ha cometido un hecho delictivo ignorando que lo era, desconociendo la ley que lo tipifica, comportándose según la educación recibida, siguiendo aquellas normas nativas que aprendió en el proceso de socialización en su comunidad aborígen o consumó el delito por error inadvertido dentro de sus propias pautas culturales.

Me voy a detener en el error casi con exclusividad para explicar como resultan confrontadas las lógicas y cómo aún al momento de aplicar la ley, con una pericia antropológica todavía es necesario realizar una compleja operación de análisis de la ley y adecuación de sus principios y fundamentos. Y este proceso aumenta la distancia entre la mirada antropológica y la jurídica.

Si un indígena comete un hecho considerado como delito en la justicia hegemónica será juzgado según las normas del derecho oficial y se presumirá inmediatamente que podía distinguir la ilicitud y que además por ser un ciudadano argentino debía conocer las leyes. En síntesis todo indicará que el mismo ha cometido un ilícito que tiene previsto una sanción.

La pericia antropológica solicitada eventualmente por ser un miembro de un pueblo originario vendrá a ubicar a los jueces dentro de la dimensión axiológica del justiciable, estableciendo diferentes cuestiones relacionadas a los niveles de contacto, aculturación y las reglas y prohibiciones conocidas. Aún se pueden presentar casos con mayor complejidad como en las zonas de fronteras donde existen indígenas que pertenecen al mismo pueblo en Estados diferentes, como los Mbya guaraní que viven en Brasil, Paraguay y Argentina.

La idea de “cultura” que de alguna manera u otra será el objeto principal de la pericia resulta para el operador judicial un elemento abstracto, más asociado a los grados de educación, o admitido como una destreza, hábitos o rutinas. Pero en general,

y lo que es peor, el jurista propende a considerar a la cultura como producto del progreso. Y esa historicidad que el jurista asigna a la cultura se encuentra tabicada en etapas que determinan un estadio que va aumentando en complejidad y en mecanismos de control. De tal forma que el individuo que posee una cultura “inferior” es víctima del atraso y puede ser visto con esta elemental consideración, suficiente para comprender la mayor predisposición al crimen, porque su estadio se relaciona con lo “salvaje”. En realidad la antítesis de civilización y barbarie se encuentra presente en el discurso legal que lentamente intenta modificar sus paradigmas.

Con ese panorama y el predominio de un fuerte sistema de representaciones que comienzan en el ámbito universitario, el concepto de “cultura” se presenta como un elemento probatorio dudoso, porque sus significados están connotados por la impronta evolucionista y luego contaminados por una vaguedad insustancial, más relacionado con una elección circunstancial, no como los contornos de la identidad y de las propias representaciones sociales.

En el orden antropológico cuando se formula la pregunta: “*si un indígena conocía la prohibición legal*” siempre falta mencionar la fidelidad al propio sistema o universo legal. El etnocentrismo impide que se acepte otro cuerpo legal diferente. El punto de pericia, según como se encuentre formulado carecerá de legitimidad o permitirá escamotear la búsqueda de la “verdad”. En la pregunta “*Sobre la conservación de ciertos hábitos propios de su cultura?*” pueden omitirse los procesos de *hibridización*, contacto cultural y adaptaciones al mundo cultural circundante.

El Convenio 169 de la OIT, vigente en nuestro país y la reforma constitucional de 1994 nos ha permitido divisar cuestiones legales antes desatendidas cuando se juzgaba a un integrante de un pueblo originario, como las condiciones socioculturales del mismo, su capacidad de discernir lo lícito de lo ilícito, las costumbres y el denominado “derecho consuetudinario”. También la garantía de que los miembros de dichos pueblos puedan “comprender y hacerse comprender en procedimientos legales” (art. 12 del Convenio 169). Estos presupuestos hacen posible, siempre que fuera necesaria en un proceso penal la presencia de un perito antropólogo para explicar al Juez el contexto cultural, la competencia cognitiva y el sistema de creencias y prohibiciones.

Frecuentemente el antropólogo en su dictamen puede arribar a una conclusión terminante sobre las aptitudes cognitivas del procesado comprobando mediante sus métodos disciplinares que el mismo no tuvo conocimiento del derecho positivo

argentino, no poseía conciencia alguna acerca de la significación social del delito del que se lo acusa y que tampoco sabe que su idea ancestral de pueblo se encuentra enrejado por el Río Paraná que es un límite internacional, tampoco que ingresar mercaderías desde un lado al otro puede acarrear diferentes sanciones aduaneras.

Pero esta afirmación que hasta una persona con escasa instrucción puede interpretar que es suficiente para declarar inocente a un indígena que trae doscientos canastos trenzados con hojas de pindó para venderlos en el territorio argentino, bolsas de maíz, tabaco o pescados en temporadas de veda, no resultan suficientes para establecer la certeza que la ley le exige al juzgador.

Para examinar la cuestión es necesario revisar los pasos de la argumentación legal, estableciendo algunas preguntas preliminares: ¿Que conocimiento poseía el indígena sobre la ilegalidad del hecho?, ¿actuó creyendo erróneamente que no transgredía ninguna norma?, ¿su error pudo ser evitado?, ¿le era exigible el conocimiento de la prohibición?, ¿se puede estimar alguna forma de duda o conciencia eventual de la antijuridicidad? Hasta donde el Estado Nacional puede desconocer los principios de pluriethnicidad y pluralidad cultural reconocidos constitucionalmente?

Si miramos superficialmente el caso hipotético descrito vemos que se trata de un extranjero, habitante de un país bilingüe, indocumentado, ingresando a nuestro país por un puerto clandestino y con una mercadería no habilitada por el régimen aduanero.

Desde un contexto intercultural se trata de un *Mbya*, perteneciente a un pueblo indígena cuyas comunidades se encuentran asentadas en Paraguay y Argentina, no habla el español, ni el guaraní oficialmente reconocido (denominado yopara), sino el *Mbya-guaraní*, una forma dialectal, menos hibridizada por el contacto cultural (León Cadogan:1997). Que además su forma tradicional migratoria les permite vivir en ambos territorios, generalmente indocumentados y con una red de parentesco que no se restringe en las fronteras políticas. Que dicho pueblo ha sido reconocido en ese carácter tanto en la reforma constitucional de 1994 como en la aprobación y depósito del Convenio 169 de la OIT, que rige en ambos países.

Sobre el conocimiento de la *antijuridicidad* del indígena acusado es necesario que el perito establezca la inhabilidad cultural del mismo para saber que transgredía una norma de un país extranjero. Es más, que desconocía la noción legal de frontera y la de contrabando. También debe ser determinante en cuanto a la incompetencia cognitiva sobre la conciencia social del injusto y sus circunstancias.

Cuando Zaffaroni (2005:701) establece la distinción entre “comprensión” y “conocimiento”, indicando que la primera requiere como condición la segunda, intenta evitar las cuestiones sofísticas que pudieran articularse a partir de su confusión. Sobre todo si partimos del texto legal que señala “*el que no haya podido al momento del hecho comprender la criminalidad del acto*”. Este “poder” depende de la capacidad y disponibilidad cognitiva. Ya que se puede conocer sin comprender. Siempre si atendemos que el individuo ha sido socializado dentro de una comunidad culturalmente diferente a los estándares conocidos.

El conocimiento elemental que pueda revelar un indígena detenido con severas amenazas, cooperando con sus aprehensores y sin resistirse o cuestionar los procedimientos aplicados, consistentes en diferentes modos de coerción no refleja necesariamente la comprensión de la ilegalidad del acto o de las circunstancias. Tampoco el temor ante la fuerza, fácilmente reconocible, por la exhibición de armas, gritos, medidas de seguridad permite asegurar la comprensión de esta legalidad.

Resulta evidente que la incompetencia cognitiva del aborígen *Mbya* no lo inhabilita para comprender la realidad y entender muchos aspectos relacionados con el medio social y cultural de su entorno. No se trata de un inimputable, visto como disminución psíquica o biológica, sino de una persona que desconoce que participaba en una maniobra delictiva o que transgredía una prohibición.

A partir de este marco preliminar la conducta del mismo no puede examinarse bajo premisas causalistas, según las opciones disponibles idealmente al momento de consumarse el hecho para informarse sobre el injusto, sino previamente a su competencia para hacerlo e incorporar en su conciencia los datos necesarios para conocer la *antijuridicidad* o la dañosidad social del ilícito y de esa manera evitar el error.

Mirado el error, como una desconexión cognitiva, que le impidió al autor advertir y entender que se encontraba cometiendo un ilícito, nos conduce a examinar la naturaleza de este desconocimiento y su *evitabilidad*.

Para el caso, los contornos fácticos y subjetivos del autor están trazados a partir de su condición cultural, identidad, idioma, la frontera política entre ambos países, el desconocimiento sobre la naturaleza de la mercadería y el puerto clandestino. Todos estos elementos, crearon condiciones para anticipar que el error de prohibición fue invencible y que el *Mbya* aún poniendo empeño no hubiese advertido que se encontraba

participando en un ilícito, consistente en ingresar una mercadería prohibida a un país extranjero.

5. El error de prohibición y la verdad legal.

Por consiguiente estamos frente a un *error de prohibición* o sea un error directo de comprensión -si adoptamos la tesis de Zaffaroni –que ha sido *culturalmente condicionado* porque el sujeto no internalizó los valores y pautas jurídicas para evitar el injusto. (2005:705), y también de modo concordante Enrique García Vitor (1994:30-31).

El *error de prohibición* que conduce a la inculpabilidad se encuentra claramente en la no conciencia del injusto y sucede cuando el individuo no posee la representación ideal de la prohibición normativa, aunque pueda realizar la acción con la competencia cognitiva para llevarla a cabo eficazmente como en el caso navegar, remar, atracar una embarcación y aún transportar todo tipo de mercaderías.

Circular por el río Paraná que es la frontera fluvial que separa Paraguay de Argentina, para un indígena no se encuentra prohibido, ya que lo han hecho durante cientos de años, teniendo presente la preexistencia del pueblo reconocido en la propia Constitución Nacional. Y en ese sentido no se puede desunir el concepto de *pueblo*, separando las comunidades asentadas en nuestro país de las restantes, porque se establecería un criterio discriminatorio e incongruente con el reconocimiento supralegal de “pueblo”, esto es de una sola nación, indivisible, no obstante las fronteras.

De tal forma, si el Estado se ha cuidado de restringir la *reprochabilidad* en orden a las pautas culturales, como se indica en el Convenio 169 de la OIT y la Reforma Constitucional de 1994, no podemos aplicar los mismos criterios que rigen para las personas que se encuentran dentro de un mismo estándar a quien pertenece a una cultura distinta y que su aislamiento y prácticas sociales le han impedido conocer la exigibilidad normativa oficial.

En cuanto a la posibilidad de *evitar* el injusto deben trazarse analogías con el sistema legal del cual es nativo el indígena *Mbya* procesado en la causa. En las etnografías sobre estas comunidades aparecen sancionadas conductas, semejantes al hurto, homicidio, violación etc. en ningún caso se han verificado infracciones parecidas a la de contrabando, infracciones aduaneras o caza y pesca ilegal (Cfr. Chase Sardi: 1992 y Shaden: 1998). Se trata de un pueblo con costumbres nómades, con extensos territorios, sin límites más que el del asentamiento temporal. Desde este punto de vista

las precauciones que pudo adoptar el encausado para evitar el injusto no se encontraban disponibles dentro de sus representaciones cotidianas. El autor no se comportó como lo haría el promedio de su mundo conocido.

De tal forma la *evitabilidad* no debe ser vista dentro de los estándares conocidos en la cultura hegemónica, sino bajo las premisas de pluriculturalidad, y pluriétnicidad. La reforma constitucional que incluyó el art. 75 inc. 17, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por ley 24.071, y los Pactos y tratados reconocidos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, me permiten interpretar que la exigibilidad de internalización de las reglas y valores anticipa una excepción que comienza con el respeto a la identidad y condición cultural del indígena.

Por consiguiente la *exigibilidad*, en el caso de un indígena, fue subordinada a otras premisas fijadas por el Estado nacional, que consisten en reconocerse como un Estado *pluricultural* y *pluriétnico*, relevando a los integrantes de pueblos indígenas alcanzados por la norma de subordinarse y adoptar las cultura hegemónica, ya que el principio de diversidad representa el umbral inalterable de un sistema plural.

Las nociones de *pluriétnicidad* y *multiculturalidad*, expresamente reconocidas en la reforma constitucional e incorporadas por los tratados y convenios internacionales debilitan el marco de exigibilidad del Estado en lo atinente a un indígena, creando, a mi juicio un estado de “justificación tácita” de eventuales errores en los contactos interculturales.

En ese sentido la *exigibilidad* de internalización de las pautas jurídicas, que es legítima pretensión del Estado para que ningún ciudadano pueda escudarse en un supuesto de vaguedad o incompetencia cognitiva, ya artificialmente instalado en el principio *error juris nocet*, se encuentra autolimitado con el marco protectivo, reivindicativo y pluricultural de los denominados “pueblos originarios”. Tal excepción no amenaza los fines del Estado, puesto que el reconocimiento pluriétnico y pluricultural representa un fin más importante que el reproche penal dirigido al infractor ordinario, siempre y cuando este infractor haya desconocido la prohibición como resultado de la propia fidelidad a su sistema.

Tampoco en el caso, podemos hablar de una *conciencia eventual de la antijuridicidad* como sostiene Claus Roxin (1997:874) que podría suponer un marco de exigibilidad más elástico, teniendo en cuenta el menor o mayor proximidad de la cultura sobre el nativo de la etnia mencionada. Esto es, que pueda acreditarse que el nivel de aculturación le habría permitido comprender o al menos saber vagamente que podría

existir una prohibición, lo que conllevaría no a la exclusión de la culpabilidad, sino como sostiene Enrique Bacigalupo (1980:176) y también Zaffaroni (Derecho Penal:2005) a una atenuación de la pena, como consecuencia de una menor reprochabilidad. De tal forma examinada la acción desde el punto de vista del error, el mismo puede adecuarse de conformidad con el análisis de Zaffaroni y García Vitor de una percepción equivocada por el condicionamiento cultural, pero en cuanto tocamos las nociones de *exigibilidad* y *reprochabilidad* el impedimento para internalizar la norma resulta insuficiente y por lo tanto debemos acudir a otra hermenéutica legal que es el error *tácitamente justificado* por el principio constitucional de *Pluriculturalidad* que completa la noción de *inexigibilidad* y como consecuencia de *irreprochabilidad*.

Pluriculturalidad que se compone de un marco protectivo complejo como es la idea de educación bilingüe, obligatoriedad de consulta, preservación de su cultura e identidad, promoción de su idioma y garantías sobre el ejercicio pleno de sus derechos, y control social, que establecen el umbral inalterable del sistema adoptado.

En consecuencia para disipar las dudas sistemáticas ordenadas en las preguntas iniciales debemos someter la conducta a estos estados de conciencia que deben probarse con diferentes métodos, entre ellos la pericia antropológica. Para arribar a la conclusión que el indígena no entendió ni comprendió las fases del ilícito consistentes en posesión de mercadería prohibida e ingreso ilegal al país y no le era exigible haberse asesorado o preguntado o sospechado sobre la antijuridicidad, teniendo en cuenta el proceso de “transculturación acelerada” y el sistema vigente denominado multicultural y multiétnico. Al mismo tiempo es importante destacar la vigencia del Convenio 169 de la OIT tanto en Paraguay como en Argentina, de tal forma que este error de prohibición puede considerarse “invencible” para ambos supuestos. Con estos elementos y la justificación tácita del error por aplicación de los contenidos supraleales mencionados queda cancelada el juicio de reproche y excluida completamente la culpabilidad.

Como podemos observar la pericia viene a establecer un elemento que no obstante que es determinante no será la única cuestión a tener en cuenta, porque la agencia judicial deberá además explicar cada uno de estos principios que operan sobre la idea de delito y culpabilidad. En ese sentido la “verdad” resulta solamente un concepto ideológico y vacilante en comparación con la idea de “verdad” que posee el antropólogo, quien podrá disponer de elementos, entrevistas, datos, grabaciones, comentarios y observación íntima del grupo observado, sin las limitaciones del proceso

penal, porque de hecho como sostiene Guzmán (2006:115): *“el fin del proceso es también el respeto de los derechos fundamentales cuya violación tornaría inocuo cualquier descubrimiento de la verdad”*.

6. Conclusiones

A modo de colofón podemos decir que el cruce disciplinar en este campo es mucho más complejo porque nos encontramos con un objeto abstracto como el de “cultura” que en las tradiciones judiciales posee una incómoda ambigüedad. Ya que las ideas con las que fueron contruidos los Códigos Penales y de Procedimiento criminal impedían aceptar la realidad de otra cultura, menos aún cuando esta presentaba rasgos considerados como “primitivos” o “salvajes”. De manera que la pericia que va a explicar estas cuestiones chocará con una lógica con valores antagónicos, dudosos y hasta amenazantes para la “cultura” oficial como lo son las costumbres sexuales, la naturaleza del castigo, la idea de propiedad, el intercambio comercial, la caza y pesca.

Resulta muy difícil desalojar de la conciencia legal la idea de que no comprender, no entender de manera absoluta la situación de ilicitud no representa una disminución, inferioridad o patología. En la medida en que se acepte la alteridad como un universo diferentes de lógicas, cosmovisión y expresiones identitarias y se abandone la idea hegemónica y discriminadora postcolonial no podemos ingresar con éxito una medición cultural porque la misma estará irremediabilmente contaminada y saturada con prejuicios que impedirán que la prueba pericial sea un modo auxiliar eficaz para resolver un conflicto.

Tampoco será fácil para el antropólogo entender que la “verdad” y que la certeza alcanzada por el Juez dependen de una serie de principios que conforman un sistema que antes que la “verdad” debe proteger las garantías y derechos que poseen los individuos en razón de los propios Derechos Humanos que funcionan como tabiques dogmáticos. En ese sentido resulta inquietante recordar la ironía escéptica de Lakatos (2001:147) cuando indicaba que en la búsqueda de la verdad se debe saber que el camino hacia esta pasa por teorías falsas que se mejoran continuamente.

Esta relatividad que domina el centro de la escena no permite avanzar hacia un intercambio de saberes sin belicosidad. Uno de los principales motivos es que las herramientas conceptuales son disputadas como una retórica que se mejora continuamente, pero que a la vez empeora la relación multidisciplinar. La intransigencia disciplinar se aparta de los métodos científicos ya que evita considerar los significados

de la disciplina donde el concepto es aplicado y lo expropia sin ninguna aclaración, malversando sus contenidos matriciales. Superar esta contienda disciplinar es el primer punto de acuerdo necesario para enriquecer la convergencia metodológica y muchas veces se convierte en el principal desacuerdo al momento de establecer el marco cognitivo del proceso penal, enriquecido con una pericia cultural.

Principal bibliografía consultada

- BACIGALUPO, Enrique: *Tipo y error*, p. 176, Hammurabi-José Luis Depalma editor, - Bs. As., 1980.
- BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Tirant, Monografías, Valencia, 2001.
- CADOGAN, León, *Ayvu Rapyta*, Biblioteca Paraguaya de Antropología, vol XVI, 1997
- CARRIO, Genaro, R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1976.
- CHASE-SARDI, Miguel, *El precio de la sangre*, Biblioteca Paraguaya de Antropología, vol 6, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- GARCIA VITOR, Enrique, *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Universidad Nacional del Litoral, nro 36, Santa Fe, 1994.
- GEERTZ, Clifford, *Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1994.
- GUZMAN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Bs. As. 2006.
- JAUCHEN, Eduardo M., *La prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1992.
- KAMEN, Henry, *La Inquisición Española*, Crítica, Barcelona, 1999.
- LAKATOS, Imre, *Historia de la Ciencia y sus reconstrucciones racionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- LEITE, Ilka Boaventura (Organizadora), *Laudos Periciais Antropológicos em debate*, Nuer-ABA, Florianópolis, 2005.
- MOREIRA, Manuel A. J., *La Cultura Jurídica Guaraní*, Editorial Antropofagia-Cedead, Posadas, 2003.
- PACHECO DE OLIVEIRA FILHO, João, “Os Instrumentos de Bordo: Expectativas e Possibilidades do Trabalho do Antropólogo em Laudos Periciais”, en *A Perícia antropológica em Processos Judiciais*, Editora da UFSC, Florianópolis, 1994
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- SHADEN, Egon, *Aspectos fundamentales de la Cultura Guaraní*, Univ. Católica Asunción, vol. 28, 1998

ORCE, Guillermo, “¿Otra vez acerca de la verdad en el proceso penal? Análisis de un dudoso traslado epistemológico”, en Revista *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año IV, nro 8 (A), Bs. As. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, 2005, Bs. As