

EL VALOR DE LA PERICIA ANTROPOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL EN LOS CASOS DE DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS*

JOSÉ DANIEL CESANO**

Universidad Nacional de Córdoba
danielcesano@gmail.com

SUMARIO

1. Introducción. — 2. El delito culturalmente motivado. — 3. La necesidad de la pericia antropológica cultural y sus funciones en los delitos culturalmente motivados. — 4. Puntos, objeto y métodos de la pericia antropológica. — 5. Estándar científico de la prueba pericial antropológica y su valoración. — 6. Conclusiones. — 7. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El delito culturalmente motivado surge a partir del conflicto existente, dentro de un mismo país, de distintos sistemas valorativos y del tratamiento diferenciado que hay frente a las conductas que resultan ser normales o tolerables para cierta minoría, pero delictivas para la dominante. Con el fin de probarse que se está realmente ante dicha situación problemática, se tendrá que acudir únicamente a una pericia antropológica. Esta pericia nos ayudará; en primer lugar, saber si el imputado pertenece a la minoría étnica y; en segundo lugar, si se identifica culturalmente con esta. Así, se sabrá si el sujeto tuvo posibilidades de comprender la criminalidad del acto, más allá de si conoce o no sobre su ilicitud. Para ello el perito dispone de herramientas como la observación participante, las entrevistas y la reconstrucción biográfica.

PALABRAS CLAVE

Etnia
Pericia antropológica
Comprensión cultural
País anfitrión
Psiquiatría transcultural

* Artículo recibido el 29 de julio de 2017 y aprobado para su publicación el 01 de agosto de 2017.

Discurso de incorporación como miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales

ABSTRACT

The culturally motivated crime arises from the existing conflict, within a single country, of different moral systems and the differentiated treatment that there is in front of the behaviors that are normal or tolerable for some minority, but criminal to the majority. In order to prove that one is really faced with this problematic situation, one will have to resort solely to an report from an anthropological expert. This report will help us; first, to confirm if the accused belongs to the ethnic minority and; secondly, if it is culturally identified with it. Thus, it will be known if the accused had a chance to understand the criminality of the act, regardless of whether or not he knows about its illegality. For this the expert has tools such as participant observation, interviews and biographical reconstruction.

Keywords

*Ethnicity
Anthropological expert report
Cultural understanding
Host country
Transcultural psychiatry*

IDEAS CENTRALES DEL AUTOR

«Los ámbitos más frecuentes en donde pueden manifestarse los delitos culturalmente motivados se vinculan con la presencia de grupos étnicos preexistentes del Estado-Nación y la presencia de diversas minorías constituidas como consecuencia de los flujos migratorios» (p. 290).

«La pericia antropológica puede orientar técnicamente al Juez al aportar conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar y comunicar, describiendo la relación intergrupala y la fidelidad de sus miembros a ciertas normas o sistemas de vida» (p. 294).

«La pericia antropológica también es útil para dilucidar procesos de hibridación, producto de contactos culturales o de adaptación de los miembros de la minoría étnica respecto a la cultura codificadora. Estos datos son relevantes porque permiten determinar la razonabilidad de la motivación cultural que se invoca» (p. 299).

«La entrevista antropológica será la técnica de utilización más frecuente para responder a los requerimientos de esta pericia» (p. 303).

«Resulta importante, dentro de la metodología etnográfica, la técnica denominada historia de vida o reconstrucción biográfica» (p. 304).

de Córdoba. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del derecho (Buenos Aires). Profesor de posgrado (Especialización, Maestría y Doctorado) en Derecho Penal, Criminología y Penal procesal en las Universidades de Buenos Aires, Córdoba, Litoral, Noreste, Católica de Córdoba y Austral.

1. Introducción

El conflicto cultural en un país, como resultado de las olas migratorias y el reconocimiento de las minorías étnicas preexistentes, en el cual naturalmente hay valores sociales dominantes; han llevado a repensar el Derecho penal sustantivo y procesal penal, al punto de poder hablar en estos tiempos de delitos culturalmente motivados.

Es por ello que luego de explicarse detalladamente los sujetos y las situaciones frecuentes en las que se manifiestan tales delitos, llegamos a concluir que en los procesos penales en los que se discutan problemas de comprensión cultural, es de necesaria exigencia el informe de la pericia antropológica. Asimismo, señalamos y explicamos los criterios y métodos que el perito tendrá que emplear para valorar la visión cultural del sujeto sometido a un proceso penal y logre, de esta manera y de acuerdo a la legislación nacional vigente, que dicho informe sirva como sustento para la exculpación del delito (eximente de la responsabilidad penal) o para la determinación judicial de la pena (circunstancia atenuante). Por supuesto, también presentamos y brindamos solución a los principales riesgos y problemas que los magistrados y

peritos se toparán al emplear este medio de prueba en el proceso.

2. El delito culturalmente motivado

¿Qué se entiende por delito culturalmente motivado?

Un concepto aceptable sería el siguiente:

[S]e trata de un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es, por el contrario, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto (De Maglie, 2012, p. 68).

El concepto trazado exige enfatizar dos aspectos:

En primer lugar, *la dimensión étnica*. Las minorías étnicas son grupos sociales que se distinguen de la mayoría de la sociedad a la que pertenecen, por determinados rasgos como la lengua, el origen nacional, la religión (...), el orden de valores o costumbres (Cátedra Tomás, 2007, p. 237). Sin embargo, tales grupos no son definibles únicamente a partir del inventario de aquellos rasgos culturales compartidos. En efecto, los límites de un grupo étnico se construyen por autoadscripción, en que las gentes eligen unos pocos atributos culturales (...) como signo de su singularidad. Se supone que tienen una descendencia compartida a través de la narración, con memorias de migración, sufrimiento, etcétera.

Precisamente la urdimbre de la biografía personal y la narrativa colectiva genera un poderoso sentimiento de identificación con el grupo étnico (*Ob. Cit.*, p. 238).

En segundo término, lo que también distingue al delito culturalmente motivado de las otras formas de delincuencia es el hecho de que la minoría étnica de la que surge el acto incriminado no es la misma sociedad que codifica. Esta repartición de tareas entre, por un lado, la sociedad que provee el fundamento cultural para la configuración de lo que es (o no) delito y, por otro, la sociedad que lo reprime, constituye, probablemente, el núcleo firme de lo que caracteriza al ‘delito cultural’; surge de una percepción o lógica cultural, y es reprimido según otra diferente (Foblets, 2006, p. 297).

Como podrá advertirse, un rasgo central de esta forma de criminalidad se basa en el hecho de que un delito cultural está causado por la adherencia a normas morales o jurídicas discrepantes (Pérez De La Fuente, 2012, pp. 65-95).

Los ámbitos más frecuentes en donde pueden manifestarse los delitos culturalmente motivados se vinculan con la presencia de grupos

étnicos preexistentes del Estado-Nación y la presencia de diversas minorías constituidas como consecuencia de los flujos migratorios.

Ambas situaciones son objeto de preocupaciones por parte de la doctrina científica¹; la cual ha formulado diversos test que expresan, con sensibilidad diversa, una necesidad común: la de encontrar alguna certeza, algún punto firme, al menos de partida, en acercarse a un conflicto multicultural (Ruggiu, 2012, p. 270).

En los países del *common law*, por ejemplo, Dundes Rente-In (como se citó en Ruggiu, 2012) estructura su test sobre la base de tres interrogantes: a) ¿es el imputado miembro de un determinado grupo étnico?, b) ¿el grupo tiene esa tradición? y c) ¿el imputado estuvo influenciado por aquella tradición cuando realizó su conducta? (p. 268).

En Italia, De Maglie (2012), puntualiza los siguientes criterios:

a) Si la causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra explicación en el bagaje cultural del que es portador el agente, b) si la motivación cultural del individuo es expresión de aquel ba-

1 Ver Ruggiu (2012, p. 268): “*L’idea di criteri per ordinari il riconoscimento all’ elemento culturale è stata esplorata con più attenzione, nell’ultimo decennio, dalla dottrina.*”

gaje cultural del grupo étnico al que pertenece y c) si, comparada la cultura del grupo étnico al que pertenece el autor con la del país anfitrión, se pueden identificar *diferencias consistentes* de valoración y de tratamiento entre los dos sistemas. (pp. 68-69).

Indudablemente –y más allá de los test que, a título ejemplificativo, acabamos de mencionar– la determinación de la existencia de un hecho culturalmente motivado, es una cuestión que no puede resolverse en abstracto, sino que debe probarse; extremo que requiere una rigurosa constatación que requerirá la inter-

vención de expertos cualificados que analicen el ambiente y el sustrato cultural del grupo étnico del que forma parte el autor (*Ob. Cit.*, p. 69).

En este contexto es donde cobra relevancia la pericia antropológica cultural².

3. La necesidad de la pericia antropológica cultural y sus funciones en los delitos culturalmente motivados³

El juez es un experto en derecho pero, por regla, no tiene otras

2 No nos referimos aquí a la denominada pericia antropológica forense. Por tal se entiende a aquella prueba que tiene por objeto la investigación de restos arqueológicos humanos y el estudio de su osteología. En la Argentina, esta disciplina ha realizado un enorme aporte para el esclarecimiento de ciertos hechos vinculados con el terrorismo de Estado durante la última dictadura militar, a través del *Equipo Argentino de Antropología Forense*. Al respecto, *cfr.* Salado (2008, pp. 213-221).

3 El desarrollo que realizamos se vincula con *uno de los posibles usos* de esta pericia. Esto no significa que también, y más allá de lo que caracterizamos como delitos culturalmente motivados, esta experticia no pueda brindar información relevante para el proceso penal *en otros casos*. Así, hemos puntualizado el valor de este saber con relación a la decodificación de informes criminológicos en la etapa de la ejecución penal de la sentencia. *Cfr.* Cesano (2015, pp. 89-97) En varias ocasiones, en nuestra función jurisdiccional, tuvimos oportunidad de apelar al saber antropológico con el propósito de contextualizar, adecuadamente, informes técnicos del servicio penitenciario u otras pericias (V.gr. psicológicas) de los equipos forenses del Poder Judicial. Y si bien no lo hicimos a través de una pericia (lo que, *mea culpa*, parece ser algo inadecuado, por lo que señalaremos *infra* nota n° 65) la argumentación del caso permite visibilizar la importancia de la disciplina antropológica en estas situaciones. Así, por ejemplo, en la resolución interlocutoria N° 987, de fecha 2 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de Ejecución penal de 1ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, señalamos: “El Sr. Fiscal Correccional (...) se ha opuesto a la concesión de este beneficio [libertad condicional] teniendo en cuenta para ello el primer dictamen pericial [psicológico] practicado por uno de los profesionales del Equipo Técnico (...). No habré de acompañar, en esta oportunidad, lo dictaminado por el Sr. Representante del Ministerio Público. Ello así por las siguientes razones: Por una parte, la pericia que utiliza el Sr. Fiscal para oponerse al beneficio, analizada en su integridad, no le resulta totalmente adversa al penado. En efecto, de su lectura se desprenden aspectos positivos, tales como al señalar, a nivel impulsivo, ‘un esquema rígido de control’; así como ‘no apreciarse acciones explosivas o incontroladas en el ámbito penitenciario’. Es verdad sí que, el mismo profesional, señala que ‘no puede

evaluarse' el riesgo victimológico. Justamente por este motivo es que dispuse una nueva intervención (...) [la] cual señaló: 'La estabilidad de su conducta visualizada a través de los informes técnicos criminológicos, remite a más de diez años de duración en la calificación de diez, es decir, tanto de la evaluación propia del acto pericial, como también de las constancias de autos, se advierte la posibilidad de mayor reflexión y demora del acto impulsivo agresivo circunstancias que disminuyen el riesgo de conductas trasgresoras' (...). Por otra parte, no puedo soslayar que la pericia sobre la que gira la argumentación del Sr. Fiscal, realiza algunas afirmaciones que me convencieron en reeditar el acto. Concretamente (...) el perito señala: 'Las características de horror del castigo infringido [a la víctima] hacen que las evaluaciones psicológicas del interno se vean influidas por lo ominoso de sus acciones, dificultando un análisis más objetivo de su accionar' (...). Desde ya que esta sola apreciación resulta suficiente para descartar el acto pericial analizado. No se trata de evaluar la tremenda significación del acto delictivo del penado. Eso ya fue objeto de análisis al momento de graduar la gravísima sanción que se le impuso. Lo que se espera del perito, en esta etapa, es algo bien distinto: analizar y ponderar el tratamiento penitenciario del penado y sus efectos; para llevar a cabo una prognosis de su evolución personal. Y puesto en este cometido, observo que en el presente caso, el programa individualizado de tratamiento ha arrojado efectos auspiciosos. Desde luego que esta evaluación que realizo debe partir de la historia personal del penado, de su biografía; siempre inserta en un contexto socio-cultural determinado. El informe criminológico inicial señala, en este sentido, que 'desde su historia vital, el interno no cuenta con un contexto contenedor de sus impulsos y ansiedades y donde pueda desarrollarse adecuadamente (padre alcohólico). Esto y las posteriores institucionalizaciones (...), no le han permitido establecer identificaciones positivas (...) no teniendo una buena internalización de la familia primaria' (...). Por su parte, al momento del hecho, el penado se encontraba inserto en un medio cultural que ofrecía aristas muy desfavorables. Así lo señala el [experto en su segunda] pericia (...) al expresar: 'es importante destacar que se trata de una personalidad que progresivamente se fue configurando alrededor de un medio hostil, habiendo signado su desarrollo, el maltrato, la violencia, el alcoholismo y el abandono, siendo el cortadero de ladrillos, el contexto en donde se internalizaron sus primeros vínculos afectivos'. La hostilidad de este contexto socio-cultural-laboral (cortadero de ladrillos) ha sido observado, incluso, a través del registro etnográfico (Cfr., por todos, Pizarro, Cynthia Alejandra, "No conozco trabajo más perro que éste": Reproducción y resistencia de la subalternidad de los trabajadores bolivianos en un cortadero de ladrillos de la ciudad de Córdoba, Argentina. En coautoría con Pablo Fabbro y Mariana Ferreiro. En: Betrisey Nadali, Débora (comp.) Política, *Poder e Inmigración en América Latina*. Editorial Bellaterra de Barcelona. pp. 95-112) (sic). Es indudable que estas cuestiones deben ponderarse al momento de evaluar la efectividad de un tratamiento penitenciario" (el texto íntegro del fallo se encuentra disponible en: <http://bit.ly/2wEmLOL>. Accedido: 29/10/2016). Otro ámbito en donde estas pericias pueden ser importantes se vinculan con la determinación judicial de la pena (aún cuando no se trate de delitos culturalmente motivados). En tal sentido, el concepto de contexto de ofensa – sobre el que luego volveremos – no resulta aplicable *únicamente* con relación a miembros de minorías étnicas sino que representa un concepto de gran rendimiento que puede brindar información útil al juzgador cuando realiza la delicada tarea de individualización de la sanción.

competencias especiales⁴: para todo lo que no tenga que ver con el derecho el juez es un *quisque de populo*, en el sentido de que dispone únicamente de los conocimientos que pertenecen a la cultura media y al sentido común del lugar y el tiempo en el que opera. Sin embargo, sucede con frecuencia que el juez tiene que determinar o valorar hechos cuyo conocimiento va mucho más allá de las nociones ofrecidas por la cultura media y la ‘experiencia común’, puesto que presentan características de tecnicismo o cientificidad, en función de las cuales sólo un experto de ese sector particular del conocimiento está en capacidad de suministrar información o valoraciones admisibles (Taruffo, 2009, p. 455).

Ante esta situación, el perito es quien comparece al juicio para

aportar el conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso. La experticia que detenta el perito —en una ciencia, arte, técnica u oficio⁵— es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su (...) [incumbencia], sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones (Duce, 2015, pp. 29-30). En el caso de la pericia antropológica cultural, lo que caracteriza a este experto son los conocimientos propios *de su cultura profesional*; una cultura profesional que, en atención al actual estatuto científico de este saber disciplinario (antropología cultural), se caracteriza por su marcada *especialización*, que se proyecta sobre distintos *campos científico/académicos*.

- 4 Empero, aun cuando el juez tuviese aquellos conocimientos específicos, tampoco podría utilizarlos. Ello es así en razón al respeto del contradictorio. *cf.* Cordero (2000, p. 122); ya que, las partes no pueden quedar excluidas de controlar el ingreso del elemento probatorio descubierto por la pericia (...), ni de la valoración de su eficacia convictional, como ocurriría si el juez fundamentara su sentencia sobre la base de sus privados conocimientos científicos o técnicos. Cafferata Nores - Hairabedián (2008, p. 69). A ello se agrega que la sociabilidad del convencimiento judicial presupone la posibilidad de que la sociedad pueda, mediante su opinión, controlar la decisión judicial sobre la existencia, naturaleza, causas o efectos de los hechos ventilados en el proceso, datos que sin la intervención del perito permanecerían ocultos ante los ojos del público. (*Ibidem*).
- 5 Hacemos la aclaración porque la especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino que de disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (técnicas, artes u oficios). Duce (2015, p. 31). Sin embargo, y como lo exponemos en el texto, al referirnos a la pericia antropológica cultural, la especialización del perito proviene de su *formación científica*.

¿Qué función cumple esta pericia en los casos de delitos culturalmente motivados?

La pericia antropológica puede orientar técnicamente al juez al aportar conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar y comunicar, describiendo la relación intergrupala y la fidelidad de sus miembros a ciertas normas o sistemas de vida. Y a partir de sus 'explicaciones densas', (...) decodificar los significados de una conducta o de un comportamiento que se encuentran encriptados por una cultura diferente a la hegemónica (Moreira, 2012, p. 111). En las sociedades multiculturales, su uso más frecuente suele vincularse, tal como ya lo adelantamos, con los grupos étnicos preexistentes al Estado/Nación y con los inmigrantes establecidos en determinados espacio territorial.

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales que se vinculan con la necesidad de esta pericia.

La Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú (como se citó en Villavicencio Terreros, 2011), respecto de un imputado, radicado desde hacía tres años en Lima, pero que provenía del Distrito de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, señaló:

[E]l Tribunal de Instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, (...) considera que el imputado actuó como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene imposible por la falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y, por ende, porque se descarta el error vencible; agregando, en seguida, que: (...) de conformidad con el artículo ciento sesenta del Código de Procedimientos Penales, debe nombrarse peritos cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales; que esta norma se ha incumplido en el caso de autos, pues la evaluación del condicionamiento cultural del imputado requiere informe pericial (p. 559).

Por su parte, y en relación a los inmigrantes, puede recordarse, en el ámbito del *common law*, el precedente "*People v. Chen*". En el caso se trataba de un hombre de origen chino que había dado muerte a su esposa después que ésta le confesara que había cometido adulterio. En el proceso se presentó como evidencia la opinión de un *expert witness*, Burton Pasternak, profesor de Antropología, quien testificó acerca de cómo el adulterio es visto en China, como una macha imborrable para el marido, sus antepasados y su

progenie, aunque —aclaró el experto— nunca supo de algún caso en donde el castigo de la mujer adúltera alcanzase la muerte.

Pasternak señaló que de acuerdo a la tradición china, sería inaceptable que una mujer traicione a su marido, el cual, si no reacciona, es considerado débil y fracasado. Considerado el contexto en que vivía Chen, residente desde hace poco más de un año en los Estados Unidos y rodeado sólo de otros chinos, el homicidio de la mujer se presentaría como la única solución posible para evitar el estigma de la comunidad de origen. En particular, a solicitud del tribunal para que comparase la reacción de Chen frente al adulterio de la mujer con la del ‘marido medio americano’, Pasternak no duda en afirmar que ‘en términos generales [...] se puede esperar que un chino reaccione en estas circunstancias de un modo más voluble y violento que un sujeto perteneciente a nuestra sociedad’. ‘Si este delito hubiese sido cometido por un sujeto nacido y criado en América o incluso nacido en otro sitio pero criado principalmente en América, incluso en la comunidad china, el Tribunal no habría tenido dificultad en reconocer al imputado como culpable de homicidio en primer grado. Pero este Tribunal no puede ignorar [...] la gran influencia

y la fuerte presión del testimonio del Dr. Pasternak, que es quizá el mayor experto en América en relaciones intrafamiliares de la cultura china’. Como afirma el juez Pinkus, ‘Dong Lu Chen es el producto de su cultura [...]. La cultura no excluye la responsabilidad, pero es algo que lo ha hecho sucumbir más fácilmente. Ha sido el factor desencadenante⁶. (De Maglie, 2012, pp. 115-116).

Por esta razón el imputado fue declarado culpable de homicidio de segundo grado; lo que permitió su sentencia a una pena de libertad condicional durante cinco años.

¿Cuáles son los posibles ámbitos, en materia penal, en donde, este tipo de pericia, resulta de mayor gravitación?

La indagación de los factores culturales que involucra este tipo de criminalidad, en donde puede visibilizarse la trascendencia de la prueba antropológica, se relaciona, en lo que concierne estrictamente al injusto y su sanción, con la cuestión de la determinación de la culpabilidad o con la individualización judicial de la pena⁷.

6 Cfr. Kim (1997, pp. 124 y ss.).

7 Señala Kalinsky (2011, p. 109) que la ponderación de una pericia antropológica tiene en la actualidad límites estrechos: se la utiliza para conocer el ámbito de la vida de quien está imputado de un delito y solo para evaluar la graduación de la pena que se le puede imponer; es decir que de la pericia antropológica pueden surgir posibles condiciones de su atenuación. Quedan fuera de su campo de competencia, rígidamente establecido por el orden judicial, temas tales como la responsabilidad penal (imputabilidad) que sigue estando bajo la estricta jurisdicción de la psiquiatría, o los relacionados con la perse-

En efecto, y a título ilustrativo, un estudio específico vinculado con el empleo de esta prueba, en la Región de La Araucanía (República de Chile), señala que:

[L]os fundamentos más recurridos en la solicitud de pericias antropológicas son [la existencia] de la costumbre indígena, la posibilidad de constituir una atenuante o eximentes (asociada con la costumbre indígena) y la necesidad de contar con elementos del contexto sociocultural del imputado a fin de comprender las circunstancias que habrían conducido

a una conducta antijurídica (Álvarez San Martín, 2014, p. 91).

A estas razones, también se añade como factor para el requerimiento de esta prueba, la acreditación de la pertenencia étnica y la posible aplicación al caso del articulado del Convenio 169 de la OIT⁸.

4. Puntos, objeto y métodos de la pericia antropológica

Cuando el órgano jurisdiccional dispone la realización de una pericia, designando al experto⁹,

cución penal propiamente dicha”. Si bien esta apreciación, en su momento resultaba ajustada, en su estricta vinculación con nuestro ámbito cultural, la doctrina judicial comparada muestra una extensión en el uso de estas pericias hacia el otro aspecto que mencionamos en el texto (determinación de culpabilidad).

8 Álvarez San Martín (2014, p. 92), según este autor en siete de cada diez peticiones de solicitud de peritaje antropológico se esgrimen razones contempladas en el artículo 54 de la Ley Indígena: “costumbre hecha valer en juicio con la finalidad de que se aplique un eximente o atenuante de responsabilidad penal; así como es también aplicable lo consignado en los artículos 8 y 10 del Convenio 169 de la OIT: considerar la costumbre en la aplicación de la legislación nacional, que la imposición de sanciones tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales indígenas, y que preferentemente se apliquen sanciones no privativas de libertad.”

9 Nos estamos refiriendo a los modelos procesales adoptados por la mayoría de los sistemas jurídicos de tradición continental europea. La aclaración se impone porque en el derecho norteamericano no es el juez quien establece si hay que servirse o no de un experto para obtener estos conocimientos ni, por ende, quien lo escoge y nombra al experto. El sistema procesal estadounidense, caracterizado por una estructura adversarial, que deja a las partes casi todas las iniciativas necesarias para el funcionamiento del proceso, gira alrededor de la actividad de éstas aun para lo que tiene que ver con la práctica de las pruebas científicas. Esto significa que son las partes quienes establecen si es útil la ayuda de un experto: en tal caso lo eligen, le indican qué necesitan y qué esperan de él y, por tanto – si todo va bien – le confieren el encargo y lo remuneran (Taruffo, 2009, p. 466). Este sistema no deja de ser objetable. En efecto, señala Damaška (2015, pp. 147-148) que: Otra fuente de dificultad es el sistema de peritos de parte, que a menudo mantienen opiniones contradictorias. Es difícil evitar el desacuerdo en los puntos complicados de la ciencia, pero la dinámica interna del juicio adversarial puede exagerar incluso las más pequeñas diferencias de opinión y llevarlas al abismo. (...) cuando chocan opiniones científicas divergentes, es muy problemático establecer la corrección de cada una de

también es el responsable de fijar aquéllos puntos que el perito debe esclarecer.

Este aspecto revela problemas específicos por cuanto, quien dispone la medida probatoria proviene de un campo disciplinario diverso, lo que puede provocar no pocas dificultades comunicacionales entre el magistrado y el perito. Las fórmulas, tradiciones académicas, las herramientas científicas fundamentales y los significados que contienen los conceptos propios de cada disciplina conspiran contra (...) [el] diálogo (Moreira, 2012, p. 104) que debe sostenerse sobre el objeto de la pericia.

En los casos de delitos motivados culturalmente, la prueba pericial antropológica podrá recaer sobre distintos aspectos relativos al hecho investigado. En lo que sigue, señalaremos – sin ánimo de exhaus-

tividad – algunos de ellos. Para este cometido tendremos en cuenta las diversas regulaciones jurídicas de que da cuenta el Derecho comparado¹⁰ y que se vinculan con las soluciones legislativas para estas formas de criminalidad; cuestión necesaria porque permitirá una comprensión más acabada de la significación de esta experticia al momento de evaluar la subsunción de la conducta investigada en posibles eximentes o atenuantes.

La pericia antropológica será de utilidad, en primer término, para determinar la pertenencia del imputado a una determinada minoría étnica¹¹. Se trata de conocer su *identidad cultural* con el propósito de visibilizar la eventual incidencia de *ese bagaje* en la *motivación* del delito. Esta precisión es importante porque, acreditada aquella pertenencia, se evaluará, en su caso,

ellas. Dado que los peritos son elegidos para ser convincentes, los indicios comunes sobre su credibilidad pueden ser engañosos; las partes que saben que su caso es difícil de ganar harán un mayor esfuerzo para encontrar un perito que parezca creíble (...). Establecer la concordancia de la declaración de los peritos con otras pruebas es todavía más difícil: los datos científicos rara vez pueden incorporarse en las narraciones testimoniales. (...) El sistema adversarial conlleva la división de la obtención de la prueba en función de las dos partes contrapuestas, lo que dificulta la correcta aportación de los datos científicos. (...) Como este panorama general indica, el sistema procesal angloamericano está mal preparado para utilizar la información científica.

10 Sobre esta cuestión, *cf.* Cesano (2015, p. 26-54). También, *cf.* Villegas Díaz (2012, pp. 177-205).

11 También puede ser útil conocer la pertenencia cultural de la víctima. Al respecto, Álvarez San Martín (2014, pp. 93-94) menciona diversos casos en donde, la defensa del imputado, al fundamental la solicitud de peritaje antropológico, incluyó este aspecto.

si una diferencia cultural pudo propiciar o condicionar una conducta tipificada como delito en la sociedad codificadora, aunque desde la perspectiva cultural del autor del injusto, no lo haya sido (Álvarez San Martín, 2014, p. 86).

En el Derecho comparado es posible individualizar dos instituciones que suelen desenvolverse con respecto a la situación que acabamos de describir y que se analizan desde la perspectiva de la ausencia de culpabilidad.

La primera, propia de la codificación penal latinoamericana, aborda estas cuestiones a partir de la categoría del error; ya sea a través del error de prohibición indirecto (*v.gr.* equivocada creencia que el ordenamiento jurídico prevé el caso como causa de justificación) o, en forma más específica, a través del error culturalmente condicionado. Como ejemplo de concreción legislativa de esta última eximente encontramos al artículo 15 del Código penal de Perú; cuyo texto dispone: “*El que por su cultura*

o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

En vinculación con este texto, la doctrina científica de aquel país ha señalado – resaltando el valor de la experticia que nos ocupa – que la determinación procesal de la vencibilidad es tarea difícil y lo recomendable es la actuación de una pericia antropológica o de una pericia cultural (Villavicencio Terreros, 2011, p. 559)¹².

La segunda institución es propia del *common law*. Se trata de la *cultural defense*. Por tal se entiende a una estrategia de defensa en materia penal que consiste, en su sentido más general, en una amplia gama de formas en la que la evidencia acerca de la educación o costumbre cultural de un acusado pueden influir en la resolución judicial sobre la culpabilidad o responsabilidad.

12 La referencia a la vencibilidad sistemáticamente se justifica en razón de la previsión del artículo 14, del mismo cuerpo legal, cuyo texto dispone que: “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

Desde luego que no existe un reconocimiento legal de esta doctrina. En todo caso, se hace necesario enfatizar que para que pueda ser alegada es preciso que se esté frente a delitos cuya motivación obedezca, única o principalmente, a razones culturales. Fundamentalmente, la discusión y aplicación de esta defensa tiene lugar dentro de la esfera subjetiva —*mens rea*—, es decir, de qué manera el condicionamiento cultural pudo haber influido en el comportamiento del infractor (Vásquez González, 2010, p. 153). La operatividad de esta *excuse* está condicionada por la demostración de que, la motivación cultural del individuo, tiene una dimensión objetiva; esto es:

[Q]ue la *cultural reason* no forma parte sólo de la ética individual del autor, sino que también es expresión del sustrato cultural consolidado del grupo de pertenencia. Se hará necesario comprobar que los miembros del grupo extenso del que forma parte el sujeto valoran la situación concreta en la que el delito se ha realizado del mismo modo en que la ha valorado el imputado. Y, justamente, con este propósito, se considera deseable la utilización de *cultural experts* que puedan ser interrogados sobre las costumbres culturales del grupo étnico del imputado y sobre

las razones de la adhesión del autor a los valores de la cultura del grupo étnico al que pertenece¹³ (De Maglie, 2012, pp. 149 y 157).

La pericia antropológica también es útil para dilucidar procesos de hibridación, producto de contactos culturales o de adaptación de los miembros de la minoría étnica respecto de la cultura codificadora. Estos datos son relevantes porque permiten determinar la razonabilidad de la motivación cultural que se invoca.

En efecto, actualmente, la coexistencia de una minoría étnica con la sociedad codificadora constituye la situación más frecuente. Los casos de aislamiento geográfico/cultural más bien una excepción. De allí que esta experticia pueda ser relevante para ponderar el grado de asimilación del imputado con la cultura y sociedad anfitriona. En este sentido, no es lo mismo un inmigrante recién arribado que uno que tenga una residencia temporalmente prolongada en el país (De Maglie, 2012, p. 156); como tampoco lo es un sujeto que, más allá de su pertenencia a una minoría étnica, ha experimentado un proceso de escolarización formal

13 La autora agrega que, para esto, se considera oportuno seleccionar los peritos entre antropólogos, profesores universitarios expertos en esta materia o aquellos especialistas que eventualmente indiquen los consulados (*Ibidem*).

desde su niñez¹⁴; etcétera¹⁵. En este sentido, hay que tener presente – especialmente en un escenario actual caracterizado por la globalización – que estos procesos de construcción de identidades son muy complejos y no necesariamente unidireccionales.

¿Resultaría correcto, desde la perspectiva del objeto de esta pericia, fijar como punto a dilucidar por el experto, si el imputado “pudo distinguir lo lícito de lo ilícito”? (Moreira, 2012, p. 104).

La pregunta no es sencilla de responder porque, entre otros aspectos, se encuentra condicionada a la solución jurídica que cada sistema adopte para los delitos culturalmente motivados.

Así, existen ordenamientos jurídicos que resuelven esta situación

a partir de la inimputabilidad penal¹⁶. Tal el caso, por ejemplo, del Código penal colombiano, cuyo artículo 33, 1º párrafo, dispone: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”. La inclusión de la diversidad cultural, está condicionando aquella comprensión; con lo cual, en Colombia, la determinación de esta cuestión puede utilizar provechosamente la pericia antropológica.

Pero aún en aquellos sistemas jurídicos en donde la inimputabilidad aparece vinculada con criterios bio-psicológicos¹⁷, no es posible

14 Desde luego que la experiencia educativa formal no significa asimilación cultural. La antropología educativa se ha encargado de demostrar las tensiones y problemas específicos que ofrece la escolarización en contextos interculturalidad, en la medida en que se visibilizan relaciones (o falta de relaciones) entre los saberes escolares de la sociedad hegemónica y los conocimientos familiares – comunitarios sobre las lenguas, el mundo natural o la producción doméstica que se le trasmite al educando en su familia. Al respecto, *cf.* Novaro (2011).

15 Señala la importancia de analizar estos procesos de hibridación cultural Moreira (2012, p. 104).

16 Para una crítica a esta solución legislativa, *cf.*, entre otros, Cesano (2015, pp. 37-38) y Villegas Díaz (2012, p. 194).

17 Tal como ocurre con el artículo 34, inciso 1º, 1º párrafo del Código penal argentino; cuyo texto dispone: “No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.”

descartar la convocatoria de un perito antropólogo. Tal sucedería en casos en donde interviene la Psiquiatría transcultural.

La psiquiatría transcultural, se apoya en la interculturalidad, como encuentro y diálogo entre culturas.

Los procesos migratorios, por ejemplo, provocan un fuerte desarraigo afectivo y cultural, ya que, en el país anfitrión, el inmigrante encuentra nuevas costumbres, diferente lenguaje y tradiciones, además de las dificultades para conseguir un empleo. En estos contextos¹⁸, la

- 18 Desde luego que el contexto que mencionamos en el texto no es el único escenario posible. En efecto, las revisiones bibliográficas sobre los trastornos mentales desde la perspectiva de la psiquiatría transcultural. *cf.*, Pérez Sales (*s/f*, p. 38 y ss.), mencionan, como integrantes de sus clasificaciones, la presencia de ciertos síntomas psicóticos (delirios y alucinaciones) frecuentes en determinados grupos étnicos que han experimentado procesos de hibridación cultural por contacto con algunas comunidades religiosas. En Argentina, puede mencionarse, en esta dirección, el proceso penal seguido en contra de miembros de una comunidad mapuche de Neuquén, conocido como la *matanza de Lonco Luan*. En síntesis, los acontecimientos que sucedieron fueron los siguientes: durante el ritual efectuado en una de las viviendas de la Comunidad, con el fin de “extraer el demonio” del cuerpo de uno de los concurrentes, valiéndose para ello de pautas religiosas aprendidas de la comunidad Unión Evangelista Pentecostal Argentina, se produjeron las muertes de tres niños y de la madre de dos de ellos y lesiones en una quinta persona. El magistrado interviniente concluyó resolviendo el sobreseimiento total y definitivo de los imputados en orden a los delitos de homicidio calificado (cuatro hechos) y lesiones leves, en concurso real, sobre la base de la inimputabilidad (art. 34, inc. 1º, Cód. Penal), ordenando la internación de los protagonistas en un instituto especializado hasta que desaparecieran las causales de peligrosidad. La solución jurídica que se le dio al caso *no basó* su argumentación en la condición de los imputados (esto es, su pertenencia Mapuche) sino que tuvo por acreditado, sobre la base de distintos informes periciales, un trance místico colectivo que impidió a los imputados, en el momento del hecho, dirigir sus acciones. En rigor, la construcción jurídica del magistrado se encontraba notablemente influida por elementos tomados de la antropología psiquiátrica; del que no eran ajenos algunos de los postulados de la *cross-culture psychiatry*. De hecho, uno de los peritos que intervino en aquel proceso fue Fernando Pagés Larraya, prestigioso médico psiquiatra que realizó importantes investigaciones de psiquiatría transcultural, publicando –fruto de aquellas indagaciones– en 1982 el libro *Sobre lo irracional en la cultura*, en cuatro volúmenes, editados por la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura. sobre esta obra y su autor, Conti (2012, pp. 386-389). Es interesante sintetizar algunos aspectos centrales de la argumentación del juez en el decisorio de sobreseimiento, fechado en la ciudad de Zapala (provincia del Neuquén), el 11/12/79: “Luego de un erudito y pormenorizado estudio de las características principales de las creencias religiosas mapuches –grupo étnico al que pertenecen los imputados– y de la secta pentecostal, como así de su progresiva penetración en la zona, explica el Dr. Pagés Larraya las formas de asimilación por el grupo de determinados aspectos del milenarismo religioso,

psiquiatría transcultural tiene en cuenta que las tradiciones culturales determinan como los individuos ven su salud mental y que el formato del enfermar varía en función de los sistemas de creencias culturales (Gutiérrez, 2010, pp. 639-640). En situaciones como éstas, en donde el agente perpetró un delito, no es fácil determinar, *únicamente*, sobre la base de una indagación psiquiátrica, las posibilidades que el autor tuvo de comprender la criminalidad del acto. Por el contrario, en tales supuestos resulta conveniente la concurrencia de un perito antropólogo para evaluar, en forma interdisciplinaria, la cuestión; no sólo porque el proceso migratorio, constituye un acontecimiento vital estresante y como tal, un factor de riesgo que

favorece el desarrollo de la enfermedad mental en la población inmigrante sino, además, porque los aspectos socio-culturales pueden matizar o modular el desarrollo de la psicopatología (Gutiérrez, 2010, p. 643).¹⁹

Existen ordenamientos jurídicos en los que los problemas vinculados con la motivación cultural del delito, al no encontrar una respuesta expresa bajo la forma de una exigente, se visibilizan, eventualmente, en la etapa de la determinación judicial de la pena. En efecto, al tener en consideración las circunstancias personales del autor -en nuestro caso: la pertenencia a una minoría étnica y la incidencia de su identidad cultural en la motivación del comportamiento reprochable para

y su inevitable incompreensión de otros, que reinterpretaron, adoptándolos en todo o en parte a sus propias vivencias. Destaca la imprescindible participación de un líder, característica del movimiento milenarista, y la forma habitual de sus reuniones rituales. También describe los estados de éxtasis, sus causas y efectos. Posteriormente se estudian y analizan psiquiátricamente a cada uno de los procesados, para pasar a considerarlos como grupo social y finalmente concluir con la determinación del estado mental de los detenidos al momento del hecho. Con singular claridad, el perito señala que la particular situación étnico-social de estos grupos 'los hace receptivos a 'mensajes salvadores' que surgen por lo general, en los grupos etnógrafos, de un extranjero que no pertenece al grupo dominante'. Asimismo, 'en forma personal al sentimiento escatológico, vivido como una sensación indefinible de 'fin del mundo', es perceptible en los integrantes de los movimientos milenaristas', como lo demuestra la pericial que se referencia, sensación que asimismo forma parte de los sentimientos de la cultura mapuche. Y esta sensación es una realidad concreta para quienes participan de ella: 'la predicación de un exorcista carismático que siente dentro de sí mismo, sin duda y mistificación alguna, vivo el reino de Dios' (...)".

19 Este autor destaca la importancia, para estos casos, del trabajo interdisciplinario entre psiquiatras y antropólogos. De la misma opinión, Moreira (2012, p. 104).

la sociedad codificadora- el juez está valorando el *contexto de la ofensa*²⁰. Este proceso valorativo constituye un acto complejo en donde no sólo se tienen en cuenta aquellas características relativas al estado psíquico del imputado y los elementos objetivos concurrentes en el delito, sino, también, el conjunto total de su cosmovisión, que no empieza ni termina en el hecho consumado, sino que es anterior a él y continuará después de él (Vásquez González, 2010, p. 202).

Ahora bien ¿cómo se elabora un informe pericial antropológico?²¹

El antropólogo dispone de diversas herramientas metodológicas que le permiten efectuar las descripciones e inferencias necesarias para realizar explicaciones y *traducciones* culturales (Moreira, 2012, p. 106). Entre estas herramientas encontramos a la *observación participante*, a la *entrevista* y a la *historia de vida*²². La observación participante consiste en recolectar datos mediante la participación en el mundo social de las personas a que se estudia, por ejemplo, adoptando un rol en un grupo social, o en sus márgenes, y

observando, pensando e interpretando las acciones de los integrantes del grupo (Jupp, 2011, p. 256).

Según Guber (2001), la observación participante es el medio ideal para realizar descubrimientos, para examinar críticamente los conceptos teóricos y para anclarlos en realidades concretas, poniendo en comunicación distintas reflexividades (p. 62).

Sin embargo, en términos generales, el uso de este instrumento suele requerir una larga estancia dentro de la comunidad en que se sitúa el sujeto observable. Por eso, el tiempo y las urgencias de las etapas procesales en el ámbito del proceso judicial le impedirán al experto un empleo adecuado de este método, al que sustituirá con la literatura científica ya producida o, en su caso, sus propios estudios al respecto (Moreira, 2012, p. 113).

Por tal razón, la entrevista antropológica será la técnica de utilización más frecuente para responder a los requerimientos de esta pericia. La entrevista es una estrategia para hacer que la gente hable sobre lo que sabe, piensa y cree, una situación en la cual una persona (el

20 Se trata de un concepto antropológico desarrollado por Kalinsky (s/f, pp. 4-7).

21 Para una orientación general al respecto, *cf.* Guevara Gil (2015, pp. 219 y ss.).

22 Ver Moreira (2012, p. 106) y Kalinsky (2011, pp. 3-4).

investigador-entrevistador) obtiene información sobre algo interrogado a otra persona (entrevistado, respondente, informante) (Guber, 2001, p. 75). Esta información suele referirse a la biografía, al sentido de los hechos, a sentimientos, opiniones y emociones, a las normas o estándares de acción, y a los valores o conductas ideales (*Ibidem*). Si bien las entrevistas admiten diversas variantes –cuestionario preestablecido, semiestructuradas, grupos focalizados en una temática, etcétera– la antropológica se caracteriza por ser una entrevista informal (...) o no directiva (*Ob. Cit.*, pp. 75-76)²³.

También resulta importante, dentro de la metodología etnográfica, la técnica denominada *historia de vida* o *reconstrucción biográfica*. Ésta consiste en el despliegue y análisis de las experiencias de una persona a lo largo del tiempo, lo cual incluye una selección consciente e inconsciente de recuerdos de sucesos o situaciones en las cuales parti-

cipó directa e indirectamente; y su interpretación mediada por experiencias posteriores.

Con esta herramienta metodológica, se busca describir, explicar e interpretar las intersecciones entre un individuo singular, su comunidad y su 'horizonte histórico' (...). En este sentido, el rescate de la trayectoria de vida del actor social, sus experiencias y su visión particular permitirán aprehender la historia como el reflejo de una época, normas sociales y valores propios de la comunidad de la que el sujeto (...) forma parte. Se trata, en definitiva, de conectar la biografía (...) con los contextos más estructurales concibiendo (...) que 'ni la vida de un individuo ni la historia de una sociedad pueden entenderse sin entender ambas cosas' (Magliano, 2016, p. 150).

5. Estándar científico de la prueba pericial antropológica y su valoración

En ocasiones, los jueces suelen dejar de lado las pericias antropológicas, basados en críticas vinculadas con la calidad epistemológica de esta prueba²⁴. Así, en un estu-

23 Para la cuestión vinculada a los límites y supuestos de la no directividad, *cf.* Guber (2001, pp. 80-85).

24 Así, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, en un juicio por homicidio simple (individualizado como RIT 049-2006), señaló: No se mencionan en el peritaje fuentes bibliográficas ni etnográficas suficientes para estimar que el análisis fue llevado a cabo con la acuciosidad necesaria para respaldar la enormidad de tal aseveración, esto es, que se acepte la eliminación de una vida humana en base a supuestas costumbres o valores originarios que no pueden atribuirse como elemento cultural identitario no ya de una etnia sino de una Comunidad bien definida. Citado por Le Bonniec, Fabien (*s/f*, p. 5).

dio regional realizado en la justicia chilena se indica que, aunque no siempre aparece tan claramente en las sentencias, tal percepción de los peritajes antropológicos es común por parte de los actores del campo jurídico de la Araucanía, no solamente de parte de los jueces pero también de los fiscales y abogados defensores que dudan en recurrir a este tipo de informes a diferencia de los peritajes sociales y psicológicos. Estos últimos, al aplicar escalas e instrumentos de medición estándares, son considerados como más válidos por los jueces a pesar que son cuestionados por la misma comunidad científica. Sin duda es un elemento de explicación al uso restringido del peritaje antropológico hoy en día en las cortes chilenas. Se le opone al estatus científico asignado a las ciencias naturales (...). (Le Bonniec, s/f, p. 6).

La descripción realizada –que colisiona, por supuesto, con otras valoraciones efectuadas por la literatura especializada– coloca al tema que analizamos en el ámbito del valor que debe asignarse, en los procesos judiciales, a la prueba científica.

Actualmente se observa una suerte de beatificación de la prueba pericial; la cual se asienta, entre otras razones, por su sobrevaloración epistémica; la cual se expli-

ca, en palabras de Gascón Abellán (2013), a partir de la opinión corriente de que los resultados que arrojan se aceptan como infalibles (p. 182). Tal sobrevaloración, paradójicamente, de ninguna manera puede ser tomada, si se nos permite la ironía, como una *verdad de fe*. En efecto, cabe preguntar:

¿[P]or qué se asume con este fervor casi dogmático el mito de la infalibilidad de las pruebas científicas? ¿Por qué todos los esfuerzos que en los últimos tiempos se están realizando por introducir racionalidad en el ámbito de la prueba se dirigen fundamental y casi exclusivamente a las pruebas no científicas? ¿Por qué la prueba científica no se sitúa también bajo esa mirada crítica? (Gascón Abellán, 2013, p. 183).

Es indudable que estos legítimos interrogantes exigen que los jueces agudicen su cuidado tanto en el momento de evaluar la admisibilidad de determinadas pruebas científicas como al valorarlas.

En el *common law*, y en relación al momento de la admisibilidad de la prueba científica, se han elaborado, con este propósito, diversos test. Los mismos, toman como nombre el precedente en el cual se formularon; cronológicamente: “Frye” (1923) y “Daubert” (1993).

Si bien, ambos casos, no se vinculan con las ciencias socia-

les²⁵ –categoría en donde se incluye a la Antropología cultural– lo cierto es que, los estándares a que dieron lugar estos casos constituyen una referencia necesaria, al menos para poder valorar si, los mismos, se extienden a este tipo de disciplina científica.

Según el “Frye test”, el criterio para determinar la admisibilidad de las pruebas científicas estaría constituido por su *general acceptance*, es decir, por el consenso general de la comunidad científica alrededor de la validez de tales pruebas.

Este precedente fue sustituido por los criterios establecidos en “Daubert”.

¿Cuáles fueron esos criterios?

Básicamente: a) la controlabilidad y falsabilidad de la teoría que

se encuentra en la base de la prueba científica; b) el porcentaje de error relativo a la técnica empleada; c) la posibilidad de control sobre la teoría o técnica en cuestión por parte de los expertos, y d) del consentimiento de la comunidad científica de referencia.

Ahora bien, la aplicabilidad del “test Daubert” respecto de las denominadas *soft sciences* ha resultado problemático. Con razón expresa Taruffo (2009):

Daubert (...) había sido pronunciado en una causa en la que el problema fundamental tenía que ver con la determinación de la peligrosidad de una medicina, de manera que el tipo de ciencia que se necesitaba era el de las ciencias naturales como la química, la farmacología, la medicina y la epidemiología. Era comprensible, por tanto, que los criterios de científicidad indicados en la sentencia

25 En efecto, James A. Frye (que dio lugar al primer precedente), había confesado ser autor de un homicidio. Sin embargo, con posterioridad, se retractó de su confesión y, por ello, la defensa ofreció como prueba la posibilidad de someter al acusado a un entonces muy novedoso análisis de la presión sanguínea que supuestamente servía como detector de mentiras. El juez de primera instancia excluyó esta prueba pericial y condenó a Frye; decisión que fue apelada ante la Court of Appeals de Columbia. Este Tribunal sentó el estándar vinculado a nuestro tema, calificando la prueba argüida por la defensa como un “testimonio científico novel”; confirmando lo resuelto en la instancia anterior. Por su parte, los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller, promovieron un juicio civil por daños tóxicos contra Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., ante la California State Court, alegando que la causa de las graves malformaciones de sus hijos en sus extremidades superiores fue la ingesta materna durante su gestación de un antihistamínico patentado por dicha farmacéutica para aliviar las náuseas y mareos. El caso fue resuelto, en definitiva, en el ámbito federal y, luego de diversas intervenciones judiciales, en 1993 culminó ante la Corte Suprema de Estados Unidos. Al respecto, *cf.* Vázquez (2015, pp. 93-102).

fuesen de cierta manera calcados de las características de estas ciencias, y que con respecto a ellos se hablase de verificabilidad empírica o determinación del margen de error. Además, es evidente que criterios de este tipo no son aplicables en el caso de otras ciencias, como las humanas, en las cuales el método es diferente y no es posible configurar controles empíricos y cálculos precisos. (p. 465)

Frente a esta constatación, se renueva entonces el problema de cómo valorar la calidad epistemológica de una prueba pericial cuando, en un proceso judicial, se necesite la concurrencia de un experto en antropología cultural.

Por de pronto, llevan la razón aquellos autores que consideran necesario elaborar estándares *para cada paradigma de formas válidas de conocimiento* (Taruffo, 2013, p. 209). En tal sentido, aún dentro de las mismas ciencias sociales, es evidente que los métodos de las diversas disciplinas no son comunes²⁶.

Desde otra perspectiva, si bien los criterios del *common law* concretados en el presente “Daubert” – tal cual ya lo expusimos – no son aplicables, por regla, a las ciencias sociales, esto no significa que, no poda-

mos extraer, de aquella experiencia comparada, algún indicador con cierto provecho. En este sentido la *aceptación general* que se enunciara en test *Frye* no debe ser subestimada. En efecto, como señala Taruffo (2009), el único criterio que, respecto de estas disciplinas científicas, parece tener aplicación es la general acceptance por parte de la comunidad científica de referencia, por la sencilla razón de que si un cierto conocimiento o técnica de análisis científico no es uniformemente reconocido como admisible en el contexto que interesa, existe una fuerte presunción contra su validez (p. 465).

Desde luego que este criterio –aceptación por parte de la comunidad científica– es sólo un paso inicial en este delicado proceso de constatación de la calidad epistémica de la prueba antropológica: los pasos siguientes deberían tener en cuenta las características específicas de la ciencia de la que se trata (en nuestro caso: la antropología cultural), la seriedad y controlabilidad de sus técnicas, la funcionalidad de sus protocolos, la correcta aplicación de los métodos de análisis y (...) la

26 De Maglie (2012, pp. 182-183): (...) no parece que exista un método común a todas las ciencias de la comprensión [en alusión a las ciencias humanas]. El psicólogo no sigue el método del sociólogo, el economista no sigue el método del crítico literario, el cual no sigue el método del historiador del arte, etc.

reconocida seriedad del científico o de la institución de la cual se sirve el juez (Taruffo, 2009, p. 466).

6. Conclusiones

Variados son los problemas que se le presentan a un sistema penal en caso de coexistencia de minorías étnicas con la sociedad codificadora.

La literatura jurídica y criminológica distingue, *principalmente*, dos cuestiones²⁷: la primera, que aquí sólo tratamos en forma propedéutica, es saber en qué consiste precisamente el “delito cultural” y qué lo causa; la segunda, en cambio, se refiere al significado, en un proceso judicial, que puede tener la pericia antropológica cultural: ¿es conveniente que la antropología

preste sus servicios a la administración de justicia? ¿Cuáles son, llegado el caso, los riesgos científicos relacionados con tal servicio?²⁸

Consideramos haber demostrado la importancia que tiene este tipo de prueba para auxiliar a los operadores jurídicos respecto de la existencia y valor que adquiere, para un integrante de una minoría étnica, el condicionamiento cultural de un determinado comportamiento que, en el contexto de la sociedad hegemónica, es considerado delictivo. En tal sentido, es indudable que el juez no posee conocimientos²⁹ que le permitan develar aspectos tan intrincados como la pertenencia de un sujeto a un grupo étnico, el grado de identificación que una práctica cultural tiene dentro de éste, la

27 Sin duda, la enumeración no es taxativa. Las tensiones que produce el sistema penal hegemónico en una sociedad pluricultural son mayores. Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar la posible aplicación, respecto de los miembros de una minoría étnica preexistente al Estado nacional, de sus normas penales consuetudinarias; los alcances, para estos casos, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; etcétera.

28 Los interrogantes los formula Foblets (2006, p. 296).

29 Pensar que el juez posee estos conocimientos especiales como parte de su cultura media es subestimar el carácter científico de las ciencias sociales. Como lo explica, lúcidamente, Taruffo (2005, pp. 1289-1290): Muchos jueces están todavía ligados a la concepción tradicional según la cual solamente cuando entra en juego una ciencia ‘dura’ se vuelve indispensable la ayuda de un experto, mientras que las ciencias sociales pertenecerían a la cultura media, y por tanto entrarían en el normal bagaje de conocimientos del juez. Es claro que esta concepción es infundada, y se vuelve menos aceptable cada vez que nuevas áreas del saber adquieren el estatuto de ciencias; sin embargo, la cultura media de los jueces no evoluciona con la misma rapidez y en la misma dirección en que evoluciona el conocimiento científico, lo que explica la permanencia —en la cultura jurídica— de la concepción tradicional y restrictiva de la ciencia.

existencia y, en su caso, el peso que puedan tener respecto de aquellas prácticas culturales los procesos de aculturación, etcétera. Esto exige, necesariamente, una intervención experta que auxilie al magistrado para analizar, conocer y comprender, desde la visión de la minoría étnica,

[L]os hechos asociados a una conducta sancionada penalmente; ‘permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los Códigos del sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la falta no lo es’ (...). Se trata entonces de una visión de entendimiento entre visiones culturales diversas ante los mismos hechos, [que] ‘permite de manera diferencial valorar, argumentar y probar casos penales complejos en los cuales se vincula a víctimas o victimarios con una identidad propia’ (Álvarez San Martín, 2014, p. 86).

Ahora bien, en orden a la respuesta al segundo interrogante planteado esto es: los eventuales riesgos que puede representar para el magistrado la utilización de este medio de prueba, consideramos que los mismos no son diferentes de aquella prevención que debe tenerse en relación a toda la prueba científica.

Extendiendo expresiones de Laudan (2013) a nuestro tema, podríamos decir que la calidad epistémica de la prueba científica en general (de la cual la antropológica es una especie) “no baja del cielo”³⁰, ni está implícita en su naturaleza (p. 105). Por el contrario, en todos los casos, el juez debe fundar las razones por las cuáles se aparta o comparte las conclusiones de una prueba científica. Si bien, por regla, los autores suelen exigir este especial deber de motivación en caso de discrepancia con la opinión pericial, estimamos que dado que el juzgador *siempre* debe motivar la valoración de las pruebas, resulta coherente (Taruffo, 2008, p. 294) que este deber también se requiera cuando, compartiendo la experticia, funda en ella determinado aspecto que resuelve la sentencia.

Puede parecer que este deber de motivación es exigir mucho a la magistratura. Si, la opinión del experto, se requiere por sus especiales conocimientos, pedir al juez que valore la calidad epistemológica de esa prueba podría resultar una verdadera paradoja. Sin embargo, la paradoja *es sólo aparente*:

30 El autor utiliza estas palabras respecto del nivel de exigencia o severidad que debe predicarse respecto del estándar de prueba.

En realidad, cuando se afirma que el juez debe realizar una valoración autónoma acerca de la fiabilidad de la prueba científica no se pretende que deba transformarse en científico –lo que evidentemente sería imposible– y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que exige, en cambio, es que el juez sea capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica (Taruffo, 2008, p. 294)

y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido los utilizados por el experto. En este aspecto, hemos señalado ya que, entre los métodos más frecuentes que suelen utilizarse en el saber antropológico, se cuenta con la *entrevista etnográfica*. Asimismo,

hemos dicho también que, los tiempos del proceso en ocasiones no permiten el empleo de la *observación participante*; no obstante lo cual, en lugar de ello suele apelarse a investigaciones científicas registradas por la literatura científica especializada. Sobre tal base no parece excesivo pedirle a un juez que controle si, el dictamen pericial argumenta y concluye a partir de estos métodos³¹ u otros que, a futuro, puedan adquirir *aceptación general* en la comunidad científica³². Por el contrario parece razonable, en la sociedad actual, que el juez disponga de una formación epistemológica básica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas (Taruffo, 2008,

31 De hecho, las legislaciones procesales exigen que el experto explicita las operaciones que realizó y los métodos que fueron utilizados (v.gr. C.P.P. de Córdoba, art. 242, inciso 2º, C.P.P. de Buenos Aires, art. 250, etcétera), al momento de concretar su dictamen. Y esta exigencia legal coadyuva a la tarea de control. En este sentido, señalan Arocena, Balcarce y Cesano (2009, p. 337), que: Esta explicación brindada por los peritos acerca de la investigación por ellos llevada a cabo permitirá una adecuada valoración crítica de las conclusiones propuestas por los expertos y la informada justipreciación de la eficacia probatoria de la pericia. En suma, y como lo sintetiza Roxin (2000, p. 239): “el tribunal debe examinar por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva y no puede adoptar en la sentencia los resultados del perito sin haberlos controlado.

32 Por ejemplo, como sucede en una reciente investigación de antropología jurídica vinculada con una de las formas que asume la libertad anticipada en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde sus autores emplearon, entre otras estrategias metodológicas, la de *grupos focales* dentro de las unidades de detención. Al respecto, *cf.* Kalinsky y Cañete (2016, pp. 32 y ss.). Por *grupo focal* se entiende una técnica cualitativa de recolección de información basada en entrevistas colectivas y semiestructuradas realizadas a grupos homogéneos. Para el desarrollo de esta técnica se instrumentan guías previamente diseñadas y en algunos casos, se utilizan distintos recursos para facilitar el surgimiento de la información (mecanismos de control, dramatizaciones, relatos motivadores, proyección de imágenes, etc.).

p. 295). E indudablemente, como presupuesto de ello, es necesario que la magistratura repare en que los paradigmas tradicionales de la ciencia evolucionan: las ciencias humanas adoptan métodos, sistemas de análisis y de control, y grados de atendibilidad de los conocimientos que no solamente son distintos de los de las ciencias duras, sino que también son profundamente diferentes entre ellos. Por decirlo así, el viejo mito simplista y unitario de la ciencia debe ser adaptado a estas nuevas realidades que —si bien de forma lenta y fatigosa— ya están encontrando la ruta de los tribunales (Taruffo, 2005, p. 1290).

7. Referencias bibliográficas

- Álvarez San Martín, R. A. (2014). *El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004 – 2011*. Universidad Católica de Temuco. Vol. 24. N° 1: Cultura–Hombre–Sociedad.
- Arocena, G.; Balcarce, F. I. y Cesano, J. D. (2009). *Prueba en materia penal*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Cafferata Nores, J. I. y Hairabedián, M. (2008). *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos Proce-*
- sales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba. 6ª ed. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis.
- Cátedra Tomás, M. (2007): *Minorías*, en Diccionario de relaciones interculturales. Diversidad y globalización. Ascensión Barañano, José Luis García, María Catedra y Marie J. Devillard (coords). Madrid: Ed. Complutense.
- Cesano, J. D. (2015). *Los encuentros entre la antropología y el saber jurídico penal*. Buenos Aires: Ed. B de F.
- Conti, N. A. (2012). *Entre la Epidemiología Psiquiátrica y la Antropología Cultural: Fernando Pagés Larraya, un pensamiento singular*. En Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría. Vol. XXIII. N° 105. Buenos Aires.
- Cordero, F. (2000). *Procedimiento Penal*. T II. Bogotá: Ed. Temis.
- Damaška, M. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons.
- De Maglie, C. (2012). *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid: Ed. Marcial Pons.

- Duce, M. J. (2015). *La prueba pericial*. Buenos Aires: Ed. Didot.
- Foblets, M. (2006). *Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincuyente. Reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo*. En Anuario de Derecho Penal. Lima: Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gascón Abellán, M. (2013). *Prueba científica: un mapa de retos*. En Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Carmen Vázquez (coord.), Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Guber, R. (2001). *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Bogotá: Enciclopedia Latinoamericana de Sociocultural y Comunicación, Grupo Editorial Norma.
- Guevara Gil, A. (2015). *Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos en causas indígenas*. En el peritaje antropológico: entre la reflexión y la práctica. Armando Guevara Gil, Aarón Verona, Roxana Vergara (eds.). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gutiérrez, M. L. (2010). *Psiquiatría transcultural. A propósito de un caso*. En Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Volumen 30. Nº 108. Madrid.
- Jupp, V. (2011). *Voz Etnografía*. En Diccionario de Criminología, Eugene McLaughlin y John Muncie (Compiladores), México: Ed. Gedisa.
- Kalinsky, B. y Cañete, O. (2016). *Libertad condicional. La transición a la vida libre, un estudio de caso*. Buenos Aires: Ed. Ad – Hoc.
- Kalinsky B. (2011). *Conocimiento antropológico. Ética, subjetividad y condiciones del diálogo*. Buenos Aires: Ed. Facultad de Filosofía y Letras - Universidad de Buenos Aires.
- Kalinsky, B. (s/f). *La pericia antropológica como herramienta de investigación social*. Recuperado de <http://www.cereid.org.ar/pdf/Pericia-antropologica.pdf>. (Accedida: 22/10/2016).
- Kim, N. S. (1997). *The Cultural Defense and the Problem*

- of Cultural Preemption: A Framework for Analysis*. En: *New Mexico Law Review*. N° 27.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
 - Le Bonniec, F. (s/f). *Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico en las cortes de justicia del sur de Chile*. Recuperado de <http://bit.ly/2fqIMgB>. (Accedido: 23/10/2016).
 - Magliano, M. J.; Perissinotti, M. V. y Zenklusen, D. (2016). *Biografía de una resistencia. Estudio de caso de la experiencia de politización de una trabajadora doméstica migrante en Argentina*. En Los nudos ciegos de la desigualdad. Diálogos entre migraciones y cuidado. Buenos Aires: CONICET–Universidad Nacional de Córdoba–Centro de Estudios Avanzados.
 - Moreira, M. A. J. (2012). *La pericia antropológica en el proceso penal. La prueba etnográfica*. Saabrücken: Ed. Académica Española.
 - Novaro, G. (2011), *La interculturalidad en debate. Experiencias formativas y procesos de identificación en niños indígenas y migrantes*. Buenos Aires: Ed. Biblos.
 - Pérez de la Fuente, O. (2012). *Delitos Culturalmente Motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración*. Disponible en: <<http://www.ejls.eu/10/126ES.htm>>.
 - Pérez Sales, P. (s/f) *Antropología Psiquiátrica y Psiquiatría Transcultural*. Recuperado de <http://www.pauperez.cat/en/thematic/books/7-psicologia-y-psiquiatria-transcultural-bases-practicas-para-la-accion/file>. (Accedido: 19/10/2016).
 - Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
 - Ruggiu, I. (2012). *Il giudice antropólogo*. En *Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*. Milano: Franco Angeli s.r.l.
 - Salado, M. y Fondebrider, L. (2008). *El desarrollo de la antropología forense en la Argentina*. En Cuadernos de Medicina Forense. Asociación de Médicos Forenses de Andalucía.
 - Taruffo, M. (2013). *La aplicación de estándares científicos*

- a las ciencias sociales forenses*. Recuperado de <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788415664536.pdf>.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y Derecho*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
 - Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
 - Taruffo, M. (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. XXXVIII. N°. 114.
 - Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
 - Vázquez González, C. (2010). *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*. Madrid: Ed. Dykinson.
 - Villavicencio Terreros, F. (2013). *Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú*. En *Revue internationale de droit pénal*. Disponible en : <<http://bit.ly/2gqmqVCL>>.
 - Villegas Díaz, M. (2012). *Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal*. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Vol. 25. N°. 2. Valdivia.