



Antropología y Derecho Penal. Un camino transitable con cautela

Beatriz Kalinsky (beka@cotelco.com.ar) Directora de Proyectos del Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios sobre el Delito (Argentina)

Abstract

The contributions of the Anthropology could be significant for the Penal Law as long as some epistemological criteria could be settled down. Today we lack of these criteria or are simple outlined. This article tries to outline some of these epistemological axes that would allow a better use of the anthropological knowledge with regard to some aspects of the Penal Law: cultural plurality, hermeneutical exercise of the application of the penal law, legal fiction on which it is based, criminal responsibility, among others. It is emphasized, finally, the social and cultural root of the penal law.

Key words: penal law, anthropology, law, culture.

Resumen

Los aportes de la Antropología podrían ser significativos para el Derecho Penal siempre y cuando se establecieran algunos criterios epistemológicos de los que hoy carecemos o apenas están esbozados. Este artículo intenta esbozar algunos de estos ejes epistemológicos que permitirían un mejor uso del conocimiento antropológico en lo que respecta a algunos aspectos del Derecho penal: pluralidad cultural, ejercicio hermenéutico de la aplicación de la ley penal, ficciones jurídicas en las que ella se basa, responsabilidad penal, entre otras. Se enfatiza, finalmente, la raíz social y cultural de la ley penal.

Palabras claves: derecho penal, antropología, ley, cultura.

1) Introducción

Este artículo intentará desarrollar algunos aspectos que culminen en la posibilidad de dirimir la cuestión epistemológica entre dos cuerpos de conocimiento: el Derecho Penal y la Antropología.

Para ello, se plantearán algunos principios de la antropología actual; para luego considerar más en detalle la visión del Derecho Penal acerca del conocimiento antropológico. Y las relaciones epistemológicas que se han venido dando, ubicándose la Antropología como mera ciencia auxiliar, sin demasiado valor cognoscitivo para el Derecho Penal.

Un análisis de las escasas relaciones entre el derecho penal y la ciencia antropológica muestra que, en parte, son dificultades epistemológicas las que inciden en un mayor acercamiento disciplinar. Si este acercamiento fuera deseable o posible es otra cuestión.

El Derecho sigue considerando que la Antropología es una ciencia periférica al cuerpo general del conocimiento científico y, por ende, descrea de la legitimidad de sus teorías. De maneras diferentes, invalida los métodos de producción de su conocimiento y no la considera con la suficiente autoridad (legitimidad, validación, formas de



plantear sus objetos de estudio) como para ser tenida en cuenta a la hora de generar las pruebas judiciales. En particular, el estudio de caso es visto como una mera "anécdota" que puede "ejemplificar", o "ilustrar", en vez de ser considerada como una inmersión sistemática y metódica en el mundo de significados de las personas, ya sea en su vida cotidiana o en situaciones extremas.

El Derecho Penal considera que el principio de relatividad cultural invalida cualquier aproximación "positivista" a los hechos y la realidad, confundiendo un fundamentalismo de las diferencias culturales (relativismo cultural) con la propia esencialización que hace él mismo al considerar una realidad "objetiva", independiente de las percepciones, valores, creencias y producciones sociales de las personas y que es pre-existente a los significados y acciones humanas.

La "realidad" entonces se vuelve una entidad lineal, a-histórica, sustancializada donde hay poco que discutir. Los hechos son así y no pueden ser de otra manera. Si son de otra forma, entonces estaríamos frente a un quebrantamiento de la ley. Si se tuerce el cauce "normal" de los hechos, el único producto posible sería la comisión de un delito.

El Derecho Penal no está preparado para conocer de otra forma que no sea por medio de la aseveración de sus enunciados: es verdadero o falso, dice la verdad o miente, es culpable o inocente, tiene responsabilidad penal o no la tiene, evitando los márgenes de incertidumbre propios de todo conocimiento humano. Si bien la ley (penal) deja un margen de interpretación, esta tarea pasa a ser una rutina donde se dejan de lado todas las posibilidades hermenéuticas que podrían plantearse frente al juzgamiento de un hecho delictivo. Esta actividad hermenéutica es propia de algunas corrientes antropológicas, de forma tal que si hubiera una apertura de ambas disciplinas, podría dejarse en manos de antropólogos para luego ser evaluada y aplicada al momento de dar sentencia, por ejemplo.

La diversidad cultural es, en este mismo sentido, un odiado embrollo que implica disquisiciones (antropológicas) que no agregan ni quitan argumentos válidos cuando se plantean diferentes cosmovisiones, y diferentes sentidos de la justicia, el delito y la pena justa. Para el Derecho Penal estas cuestiones deben referirse a un ámbito "folklórico", casi como un relictos cultural, que no son pertinentes cuando se impone un derecho dogmático y positivo. Los hechos, la realidad, el delito, intenciones, razones, y producción de un delito parecen pertenecer a un nivel meta-cultural, diríamos hoy globalizado, sin que importen los "pequeños detalles" de pertenencia étnica, religiosa, institucional, o cultural. El Derecho Penal es el mismo para todos, eso nadie lo duda. Lo que podría ponerse en duda es que todos lleguemos en las mismas condiciones, con los mismos derechos y con igualdad de oportunidades al Derecho Penal.

La polémica sobre Universalismo y Particularismo, que tanto ha preocupado, y lo sigue haciendo a la labor antropológica, es pasada por alto por el Derecho Penal, por ficciones jurídicas que como axiomas, no se discuten por su supuesta evidencia: "La ley es igual para todos", "el Código Penal refleja al hombre medio" (modelo antropológico subyacente) que considera a un sujeto libre y autónomo que concluye en la inexcusabilidad del conocimiento de la ley penal, entre otras. Los particularismos no deben debilitar la fuerza de aplicabilidad de la ley penal, que los pasa por alto frente a un potencial peligro de que ellos ocasionen su debilitamiento (confianza pública en la aplicación de la ley), o que se provoque una impartición sesgada de las leyes.

Sin embargo, "tratar desigual al desigual" puede ser un punto de partida interesante que apunte al ejercicio pleno de la ciudadanía de todos nosotros. Un Estado democrático no implica una forma homogénea de plantear y resolver las cuestiones de la vida. Este estado democrático que se crea a partir del reconocimiento de la existencia de instituciones jurídicas diferentes a las que instituye el Estado mismo debería poder incluir marcos regulatorios que respeten la pluralidad cultural (1).

Finalmente, el tema de la responsabilidad penal es una discusión cerrada para el Derecho Penal y que es dirimida solamente por la psiquiatría o algunas psicologías psicodinámicas. En este sentido, "si se comprendía la



criminalidad del acto o si se podía (o no) dirigir las acciones" parece ser una cuestión que afecta a la persona independientemente de su contexto social, histórico, institucional, biográfico, familiar, comunitario y circunstancias que se entrecruzan de manera trágica en un determinado momento de la vida.

El eje epistemológico, aportado por la Antropología, pasa aquí por la unidad de estudio: o se analiza desde la persona, independientemente de sus circunstancias o la unidad de análisis pasa a ser ante todo relacional. De esta última forma, la antropología bien podría expedirse, junto con otras disciplinas, sobre las condiciones de imputabilidad penal. Sin embargo, hasta ahora solo se la ha tenido en cuenta al momento de graduar la pena (atenuantes o agravantes) pero de ningún modo se la considera con capacidad de concluir acerca del estado de punibilidad de quien sea acusado de un delito.

II) La Antropología como Disciplina del Conocimiento

La Antropología es una ciencia social que se ha desarrollado de diferentes formas y con diferentes perspectivas.

En términos generales, se ha ocupado de "la cultura", en un principio extrañas, lejanas y "exóticas", no comprensibles para el estilo de vida occidental. De allí en más, diversas teorías acerca del devenir cultural del género humano han surgido, asumido un papel protagónico y eventualmente caídas en el desprestigio.

Desde el evolucionismo unilineal, que aceptaba un desarrollo cualitativo y cronológico de las culturas para llegar al estadio más "civilizado", hasta las teorías opuestas que sostienen que ese nivel de exotismo otorgado a formas de vida y creencias no es más que nuestra imposibilidad de comprender desde los propios términos de lo que, desde acá, consideramos ajenos (Clifford y Marcus 1986), el desarrollo de la Antropología como ciencia se ha ido complejizando.

Vivimos ahora en un mundo de movimiento y mezcla, donde la globalización convive con fragmentaciones geopolíticas y culturales que merecen ser explicadas. Las "sociedades primitivas" han dejado de serlo, por supuesto que en el vocabulario antropológico y público (2); las antiguas colonias se han independizado y el fenómeno migratorio forzado por diversas causas hace que ese "extraño", al que antes se lo consideraba remoto y digno de ser objeto de una disciplina social, conviva ahora en los centros urbanos y las grandes metrópolis (3). Además, ese "Otro" ha adquirido voz propia, ya no más mediatizado por la escritura etnográfica y las intermediaciones hechas por la convivencia (coercitiva, por cierto) del antropólogo durante sus largas estadias "de campo". Ese "Otro" ha devenido en un próximo, en un prójimo.

Entonces, la Antropología ha debido incorporar como objetos de estudio otros escenarios y otros actores que, en términos generales, comparten el rasgo de ser minorías desfavorecidas y excluidas; o bien, grupos que se caracterizan por sus particularidades en sus instituciones, creencias, cosmovisiones o ubicaciones dentro del sistema global.

La etnografía hace un peculiar acompañamiento de los recorridos de la gente, en un intento de capturar los trazos de sus vidas (Vattimo 1992), en su ir y venir, en el registro de las diferentes perspectivas. Estas perspectivas, que pueden ser sostenidas individual y colectivamente, que pueden ser compatibles o no entre sí, continuistas o rupturistas, moldean mundos de significación que se comparten pero que son inestables y que abrevan de diferentes fuentes de conocimiento (4).

La época postcolonial ha puesto sobre el tapete -epistemológico y político- el fenómeno del pluralismo cultural, la convivencia de conjuntos de conocimiento y prácticas en los mismos ordenamientos jurídicos e institucionales.



Ello ha implicado pequeñas revoluciones conceptuales. Desde un inicio en la evaluación de la "cultura" como obstáculo al progreso en general y tecnológico en particular (Antropología funcionalista norteamericana de la década de '60 y la continuación más débil de sus postulados) (Foster 1962, Redfield 1956) hasta la evaluación cognoscitiva de los sistemas locales de conocimiento (Keesing 1987.)

No obstante, el paso más importante se ha dado al enfocar las formas de convivencia, de interacción e intermediación que se dan en estos ambientes de pluralismo de creencias y acciones: transferencias, préstamos, inclusiones, exclusiones, aceptaciones y rechazos. (Merry 1992)

Hablar y hacer en más de un lenguaje a la vez, ir de aquí para allá, volver o no volver son todas posibilidades que da el pluralismo cultural. Y muchas más que ni siquiera advertimos.

Más recientemente se están empezando a admitir estos mismos juegos en situaciones de pluralismo jurídico. (Francia 1998, Merry 1991)

Se re-inventan tradiciones y estilos populares en la interpretación y uso de las leyes, penas y castigos dominantes así como en la propia semántica de la justicia.

La confrontación de creencias y de normas no es lineal, ni tan siquiera muy explícita.

La norma cultural no se expresa en sí misma sino en relación con un marco de referencia que no puede dejarse de tomar en cuenta, por ejemplo, la vigencia de normas jurídicas de carácter general (meta- cultural). Así como se acepta que la norma jurídica es una práctica social (Cárcova 1993), la norma cultural también es parte de la dinámica del cambio de los pueblos que tiene que actualizarse a la luz de las condiciones del aquí y el ahora.

Dicho de otra forma, el cumplimiento de las normas culturales bajo coerción (prescriptiva) no es la forma prioritaria de su internalización. Justamente la clave de la pluralidad sociocultural radica en que permite elegir las condiciones en que se quiere creer. (Kalinsky y Valero 1997)

Las opciones están disponibles y lo que hace falta es justificar esa creencia. Y eso se hace apelando a las más variadas fuentes de conocimiento. Ellas se sustentan, entonces, en un complejo entramado del que no está ausente la confrontación. La justificación de una creencia puede ser sustentada en diferentes lenguajes (científico, fáctico, demonológico). Más aún, pueden llevarse adelante cursos de acción sustentados por la contradicción, principio que es sistemáticamente denegado por el pensamiento occidental en general (Evans-Pritchard 1937) y jurídico en especial. Y es en este fenómeno donde reside la pluralidad cultural.

"Creer" conlleva procesos constantes de evaluación crítica que actúan como formas estratégicas de interpretar, aceptar, usar o modificar las creencias aun a costa de eventuales sanciones, sociales o jurídicas.

Las creencias no son un conjunto de respuestas ya previstas por "la cultura" ante determinadas situaciones. Son construcciones sociales que no se mantienen aisladas de la dinámica cognoscitiva de los contextos globales. En un mismo ordenamiento institucional no pueden dejar de lado, aceptando, asimilando o rechazando, según el caso, los conjuntos de motivaciones que pueden provenir de distintos sistemas de conocimiento que, compatibles o no, se sostengan *a la vez*.

No son las normas en sí mismas, sino los ambientes donde adquieren legitimidad y a la par poder de punición en los casos correspondientes, quienes tienen que ser considerados desde un punto de vista sociocultural.



III) La Antropología como "objeto exótico" del Derecho Penal

Para el Derecho Penal no cabe duda que todavía la Antropología sigue siendo una disciplina "exótica" en al menos dos sentidos: por ignorancia de sus actuales objetos de estudio y los avances teóricos correspondientes; y, por el otro, su sospechada inoperancia en el aporte de soluciones viables a problemas sociales contemporáneos - Antropología aplicada, Antropología práctica, Antropología de la acción, y otras formas de llamar a un conocimiento producido sobre bases científicas.

Sigue siendo una disciplina periférica al análisis e investigación socioantropológicos, que va por fuera, y le es ajena, a la teoría y práctica del Derecho Penal.

Si bien los maestros fundantes de la disciplina, todavía en la etapa colonialista, dedicaron buena parte de su producción teórica a las instituciones en las "sociedades primitivas" y entre ellas, las formas jurídicas ocuparon un lugar central, esto provocó que se excluyeran del análisis cultural las formas judiciales oficiales y hegemónicas, que se tomaron como patrón indubitable de comparación y que las exhaustivamente estudiadas quedarán para el catálogo etnográfico de las creaciones humanas.

Mucho más tardíamente, se inició una orientación jurídica que, al menos en uno de sus aspectos, centró su interés en las formas rituales de los procedimientos judiciales occidentales. Es decir, una suerte de extensión de las etnografías clásicas a las situaciones jurídicas actuales. Pero esto hizo otra vez que la Antropología permaneciera, para el núcleo duro del Derecho Penal, como una suerte de "souvenir", que nada podía agregar en lo sustancial; aunque sí se podía disponer de ella, otra vez, como un objeto exótico y hasta entretenido. Frases tales como "*nos están estudiando*", "*ahora somos los primitivos*", "*cuidado que anda con el cuadernito*", "*atención, que anota todo*" fueron frecuentes en los primeros tiempos de la presencia de antropólogos en los estrados judiciales.

Otra faceta que abarcó con énfasis la Antropología fueron los sistemas jurídicos de las comunidades de los pueblos indígenas, comúnmente llamado "derecho consuetudinario". (Stavenhagen e Iturralde 1990) Por una parte, se abocó al análisis de los contenidos, ya que se trata de un derecho oral, y a las formas que adquiere su práctica actual. Por otro lado, se analizó con profundidad las eventuales articulaciones que podrían establecerse entre dicho derecho y la justicia oficial. (Yrigoyen Fajardo 1999)

Las reivindicaciones indígenas en este sentido se han contrapuesto con los reclamos de operadores jurídicos acerca de la legitimidad de la vigencia del derecho indígena dentro de un mismo Estado; a lo cual se responde que dentro de un Estado pueden convivir distintas naciones, si las constituciones nacionales reconocen la pluralidad cultural, como es el caso de casi todos los países de América Latina (5).

No obstante, este planteo ha traído más dolores de cabeza a legisladores y decisores políticas que al derecho penal en sí mismo. Son pocos, todavía, los casos en donde se presentan situaciones concretas de delitos cometidos bajo determinadas circunstancias donde sería posible disputarse la jurisdicción de uno u otro derecho. (Kalinsky 1995)

De cualquier forma, es este último tema el que ha agitado más las aguas en lo que se refiere a la discusión teórica e ideológica acerca del "entrometimiento" de una ciencia social, hasta el momento exótica y distante pero "simpática", que se está convirtiendo muy lentamente en una presencia más sistemática y turbadora, porque sigue siendo oscura en cuanto a los fines que persigue.

IV) Antropología: una disciplina en transformación

La Antropología ha cambiado lenta pero firmemente. Muchos de sus principios fundacionales han sido revisados, criticados y cambiados. Por ejemplo, la relación comunicativa entre antropólogo y sus sujetos de estudio que pasó



de considerarse asimétrica y desigualitaria (una persona que "informa" y otra- el investigador "que conoce"). O el concepto de "informante", que pasó de considerarse un reproductor cultural a un sujeto de conocimiento que puede tener una visión crítica de su visión y situación en el mundo, y que de igual forma, puede cambiarla (movimientos contestatarios, reivindicativos, de defensa de diversos derechos, posturas contestatarias, entre otros). O la propia idea de cultura en donde de las concepciones prescriptivas de las que no se podía "escapar", se acepta como un conjunto de creencias sobre las que se puede optar con el fin de configurar una identidad-individual y colectiva- que también es cultural. La visión no normativa de la cultura se centra en las posibilidades directivas de las personas -como agentes comprometidos- que ponen a prueba y evalúan sus estrategias y, sobre todo, deudores de distintas fuentes de creencias (Heggenhougen 1991, Hopper 1991, Myntti 1991.)

En esta línea de pensamiento, Merry (1991) sostiene que la llamada "ley de la costumbre" usada por los estados coloniales, especialmente el británico, no fue un resabio de tiempos inmemoriales sino una construcción histórica del período colonial. No fue una costumbre estática y obsoleta, dejándose la innovación sólo en manos de los sistemas políticos dominantes, quienes impusieron sus propias reglas del juego.

Se enfatiza la capacidad "nativa" para cambiar de tradiciones, rehaciéndolas a la luz de nuevas condiciones y requisitos. Aunque, a la vez, manteniendo precisamente en el cambio una memoria selectiva (como cualquier memoria) del pasado.

El quiebre de una idea "cerrada" de cultura está permitiendo aceptar la dinámica del contacto cultural que, en líneas generales, se desliza por el eje de las dominaciones y subordinaciones.

Nada tiene ya un valor teórico universal, porque a la larga o a la corta cualquier formulación de esta índole es desbordada por el desplazamiento de sus propios límites.

Y, el principio de relatividad cultural, parte del acta fundacional de la Antropología. En este sentido, ahora se distingue entre "relatividad cultural" y "relativismo cultural", a los que les subyacen ideologías opuestas.

La acusación por el relativismo cultural aún es un estigma difícil de levantar, sobre todo cuando sus consecuencias ideológicas y políticas no pueden asentarse del todo en él. Esta letanía del "todo vale", supuestamente sostenida por el relativismo, parece haber adquirido un inesperado valor epistemológico en la entrada de la Antropología al postmodernismo; aunque difícil de congeniar, más allá de la declaración, con un mundo cada vez más interdependiente y que se diseña por afinidades y oposiciones. "*Ustedes con la relatividad cultural justifican cualquier cosa*" es una recriminación que se recibe con frecuencia.

Sin embargo, el relativismo cultural es un intento de fijar diferencias sobre bases esencialistas. El establecimiento de diferencias así naturalizadas no ha corrido del todo de la parte de la Antropología. Ella casi nunca ha olvidado su vocación por los contextos. Es así como trabajos actuales muestran las formas en que esas diferencias, ubicadas en momentos políticos e ideológicos específicos, pueden formar parte central en argumentaciones y organizaciones totalitarias que se sirven de la diferencia cultural, aunque quitándoles el ingrediente sobre el que insiste la antropología actual: la relatividad de la relatividad cultural, impuesta por un orden mundial transnacionalizado, tanto de bienes materiales como simbólicos (Foster 1991, Gupta y Ferguson 1992).

Metodológicamente, la Antropología tiene, en la actualidad, dos características principales: dar una perspectiva holística (totalista) de los ambientes en donde se producen determinados fenómenos. Y, como segunda característica, afirmarse en la visión de los otros sobre los hechos que están bajo análisis.

La Antropología es una ciencia social que está capacitada para confrontar diferentes argumentos que puedan darse sobre sucesos determinados, así como para mediatizarlos a través de sus métodos. Da la oportunidad para que



esos discursos se escuchen (confronten) entre sí, modificándose al mostrarse coincidencias y disparidades entre lo dicho por los distintos protagonistas sobre una cuestión particular.

La Antropología usa metodologías de interferencia, involucrándose en esos diferentes puntos de vista al proponer en lo que se llama "trabajo de campo" una constitución múltiple de los acontecimientos a examinar.

De esta forma, permite seguir trayectorias de vida, experiencias, significados y construcciones simbólicas sobre los hechos y acontecimientos vividos, usando distintas metodologías y aproximaciones epistemológicas. Si se trata del pasado, las *entrevistas en profundidad*, sirven para reconstruir con la ayuda del protagonista o sus allegados, un escenario múltiple de las formas en que se fue construyendo y desarrollando la vida de alguien en particular para mostrar, finalmente, un cuadro en donde cada protagonista debería ver reflejado su punto de vista y su posición dentro de esa trayectoria de vida reconstruida.

La multiplicidad de voces y narrativas no es un impedimento técnico a la hora de llegar a conclusiones, puesto que abre un abanico de significaciones, que pueden llegar a tener una importancia epistemológica equivalente.

V) Donde la Interdisciplina no es posible

Si bien desde hace años se viene impulsando una relación activa entre las disciplinas, tanto sociales como naturales, en diversas combinaciones, los intentos han sido más asiduos que los resultados.

No obstante, el impulso sigue estando y se siguen elaborando condiciones de posibilidad para un trabajo interdisciplinario.

Pareciera que el problema no reside los cuerpos de conocimiento en sí mismos, sino más bien en las condiciones donde ellos se explicitan y usan. Dicho en otras palabras, pareciera que fueran las percepciones y acciones de los investigadores los obstáculos epistemológicos a que se estaría enfrentando un genuino trabajo interdisciplinario.

Si estamos planteando que el Derecho Penal ha visto, y lo sigue haciendo, a la Antropología como disciplina esencialmente externa a su propio cuerpo de conocimiento, no sería posible en las condiciones actuales promover un trabajo interdisciplinario. Y aquí hay que poner sobre el tapete rasgos que no tienen que ver con la calidad cognoscitiva del Derecho Penal ni de la Antropología.

Más bien se trata de condiciones institucionales e ideológicas que pretenden una supremacía del Derecho, tanto en el orden académico como en el práctico. Así otras ciencias, como la Psiquiatría o las psicologías psicodinámicas todavía siguen siendo señaladas como "ciencias auxiliares" del Derecho.

La historia que vincula al Derecho con la Psiquiatría es larga y densa. (Foucault 1985, 1986, 1990) Ambas se configuraron en corporaciones que luchan por tener la última palabra sobre temas en disputa (6): ni más ni menos, una lucha por el poder – de la palabra, de la acción, de la posesión de verdad.

En cambio, la Antropología nunca ha disputado zonas de verdad/ poder con el Derecho, ni tan siquiera ha pretendido tener algún acercamiento a las esferas sociales sobre las que actúa directamente la norma penal. Quizá lo haya hecho en forma reciente e indirectamente con el fenómeno lo que se da en llamar "control social informal" (7). Pero la certeza es que ha permanecido como una disciplina incompatible al interior del cuerpo de conocimiento del Derecho Penal.

Quizá deba quedar en esa ubicación, como disciplina periférica a un conocimiento que surge de la dogmática y la jurisprudencia, es decir que es posterior a la producción de los acontecimientos. Al contrario, la teoría social suele



estar desarrollándose al mismo tiempo que el cambio radical de las realidades actuales, aunque no lo logre en todos los casos. (de Sousa Santos 1995 para una crítica sobre la lentitud teórica)

De ahí que no se proponga la necesidad ni la posibilidad de iniciar una competencia interdisciplinaria ya que parece que las condiciones históricas e institucionales no lo permitirían.

Quizá el límite máximo al que podamos aspirar en las circunstancias actuales sea el que la Antropología pueda convertirse en una genuina "ciencia auxiliar" en relación, claro está, al Derecho Penal.

VI) Cultura y Derecho

La ley (penal) es un fenómeno cultural al igual que el delito que persigue y condena. La ley es, además, un conjunto de sentidos que se ponen en juego, usan y ejercitan. La aplicación del Código Penal no se reduce a proporcionar parámetros de castigo para determinadas infracciones; es, también, la legitimación de los sentidos sociales que se otorgan a los valores humanos más preciados, en tiempos y lugares históricamente determinados.

La ley es también una *instancia interpretativa* que le da la pertinencia que de ella se requiere. No es teoría (axiológica) que se aplica en estado "puro"; al revés, es la mediación de conflictos nacidos de la convivencia social. Es allí -en la convivencia- donde se han generado sus sentidos y es allí donde vuelve, modificándola.

La presencia de la ley y su quebrantamiento en el ámbito público hace que sea sometida a la interpretación de los miembros que componen una sociedad en donde esa ley y el castigo por violarla es asumida.

El ámbito público es un espacio heterogéneo, en donde los conocimientos están desigualmente distribuidos, no todos sus participantes conocen de la misma forma las reglas del juego social y menos aún tienen las mismas posibilidades de ejercerlas.

La fragmentación del espacio social permite quiebres y disyunciones en donde deben convivir distintas formas, a veces contrapuestas, de interpretar la ley que se supone que se impone de la misma forma para todos, o lo que es algo parecido, que todos somos iguales ante la ley.

El registro de estos diferentes fragmentos (8) debe incorporar convenciones sobre argot, apariencia, estética, presentaciones estilizadas de self que operan como repositorios de significado colectivos y representatividad para sus miembros. (Ferrel 1999)

Muchas de las situaciones cotidianas donde aparecen el crimen y su control, y de hecho muchas de las controversias contemporáneas visibles que los rodean encubren enfrentamientos por espacios culturales. Se trata de procesos de construcción de significado que se enfrentan en el lugar público y pujan por sobreponerse como los "únicos y verdaderamente" representativos del conjunto social.

De esta forma, es la Antropología, en sus aspectos teóricos y metodológicos, la disciplina social que *enlaza el campo cultural con la producción social del delito* y sus diferentes facetas -criminalización, victimización, etiquetamiento, promoción y amparo mediáticos, control social formal e informal, penalización, cumplimiento de penas privativas de la libertad, instituciones policial y penitenciaria, alternatividad de las penas, alternatividad de los procesos judiciales, entre otras.

Es así capaz de reconocer, relevar, registrar y dar a conocer los diferentes significados, contenidos simbólicos y valencias políticas que están involucradas en los diferentes delitos penales dentro de un sistema de justicia penal



que es selectivo por excelencia, hermético para los "no iniciados" y fácilmente manipulable por quienes detentan poder de decisión sobre los intereses públicos.

Se puede reconocer en el delito un valor positivo, por ejemplo, en virtud de argumentos como la reivindicación, la revancha, el pago de "cuentas", el honor, la igualación (ilusoria) de las fuerzas, y hasta un estilo de vida (como en el caso de la mafia, y en general el crimen organizado) y, en otro nivel de análisis, lo que se podría llamar el delito ejercido desde la función pública (9) (de Sousa Santos 1995.)

Pero también puede adjudicársele un valor negativo. "*¿Es que yo soy un criminal?*", "*¿Cómo puede ser que haya sido yo quien cometió semejante delito?*", "*¿Es que soy un monstruo?*", "*No puedo reconocerme a mí mismo*", "*Esto me parece una pesadilla*" y frases por el estilo dichas en la privacidad, fuera del alcance de los oídos judiciales, dan cuenta de la constitución cultural del significado del delito y del acto delictivo.

Estas diferentes valoraciones de la conducta delictiva no son decisiones libres y voluntarias que se toman a la hora de elegir una trayectoria de vida. Tienen que ver, sobre todo, con el acceso que cada uno tiene a los bienes materiales y simbólicos, que sin ser escasos, están desigualmente distribuidos. La cuestión de la accesibilidad es definitoria en uno u otro sentido.

Por eso, desde la Antropología se sostiene que el delito es un *fenómeno relacional*, que involucra a diversos actores, ya sean personas, instituciones, políticas públicas, y la tolerancia social hacia orientaciones que son claramente tomadas a favor de intereses sectoriales.

Tanto la ley es un fenómeno cultural como su quebrantamiento una respuesta social y política, cuando no cubre los intereses de todos, cuando ya no importa el bien común, ni tan siquiera las fuentes institucionales de las que nacen los procesos de identificación colectiva con valores, expectativas e idearios.

La relatividad del orden social, de la ley y del sentido de la pena queda mostrada por las perspectivas que se van delineando a partir de la situación geopolítica de personas, colectividades, comunidades, grupos, minorías, y excluidos.

Si bien todos somos iguales ante la ley, no todos tenemos la misma aptitud para que la ley se comporte con nosotros de la misma manera. Al contrario, vemos en los procesos penales que puede comportarse de forma altamente arbitraria, según sean las condiciones de la infracción a la ley, la ubicación geopolítica del imputado y las expectativas que los juzgadores ponen sobre lo que "debiera haber sido" y que fue de una manera distinta a la esperada.

Si el presupuesto es que todos entendamos de una forma unívoca las intenciones del legislador cuando redacta la ley, y la de los magistrados cuando la aplican estaremos obviando el margen de interpretación "libre" que se tiene tanto en la interpretación como en la aplicación de la ley y de la penalidad correspondiente al momento de una eventual condena.

En este sentido es que la opinión antropológica puede contribuir a dilucidar *en cada caso* los términos en que se plantean estas circunstancias. Será una forma que nos ayudará a acercarnos a que efectivamente un axioma hasta ahora vacío de contenido, "la igualdad ante la ley", pueda ir acercándose a la práctica cotidiana de la justicia penal.

La particularidad de cada caso debe poder compaginarse con las pretensiones universales de la ley y del castigo justo. No es un problema de poca monta. Las posiciones universalistas deben ignorar, para esgrimirse como tales, todo aquello que impida una aplicación dogmática de la ley penal. A igual delito, igual pena.



Las posiciones particularistas tomarán en consideración todos los vestigios que hilvanan la configuración única e intransferible del caso considerado, al tiempo que tendrán serias dificultades tanto en la calificación del delito como en la imposición y graduación de la pena.

¿Con qué criterios se consideraría que el delito es el mismo en uno u otro caso, y que además es compatible con los requisitos que plantea el propio tipo penal? Llegar a un equilibrio entre ambas perspectivas no parece posible, salvo en lo que se refiere la aplicación de penas privativas de la libertad: los años mínimos y máximos, y aún se podrían llegar a acuerdos sobre un tipo de pena de tiempo indeterminado con un tope máximo, para respetar el principio de proporcionalidad de la pena. Pero esto último, implicaría ya una cuestión de debate y reformas legislativas que nadie parece dispuesto a encarar a corto plazo.

En una investigación (10) hecha en la Provincia del Neuquén (Argentina) en 1999 en la que se preguntó sobre estas cuestiones a operadores y magistrados jurídicos, el tema de las *penas alternativas* tuvo buena recepción aunque ninguno de ellos puede considerárselo abolicionista en algún sentido posible. *"Que pena que estemos hablando de la pena como estamos hablando. Todas las medidas alternativas que se puedan ir consensuando con la sociedad, las que están a mano, las que se puedan consensuar y crear legislativamente, las que hagan posible que una persona vuelva a ser lo que dejó de ser. Instalar en la sociedad estos temas, propender desde la judicatura que existan posibilidades de crear vías alternativas de la pena"*.

Como penas alternativas entienden la suspensión del juicio a prueba, las penas en suspenso, el proceso abreviado, y las que marca en forma estandarizada la ley penitenciaria nacional. (Ley no. 24.660)

En general, la mayoría sostuvo que los delitos contra la propiedad son de una clase distinta a aquellos que se cometen contra la vida o la honestidad. Se tiende a pensar que éstos últimos, a su vez, pueden categorizarse en dos clases: aquellos que son producto de patologías graves, que deberían ser atendidos terapéuticamente siendo inútil cualquier período de encarcelamiento. Y aquellos que se comenten específicamente en zonas rurales, que se deben a circunstancias del momento arraigadas en historias de décadas de rencillas familiares o comunitarias. Entonces, no pueden dejarse de lado las circunstancias del acometimiento de un delito, y en este sentido, se propuso la mayoría de las veces leer con más cuidado, sin modificar, o eventualmente ampliando los artículos 40 y 41 del Código Penal (11).

Por otra parte, al momento de la *ejecución de las penas* hubo acuerdo acerca de que las cárceles de mayor complejidad sirven para determinadas personas, en un mínimo número, que cometen delitos aberrantes y según algunas opiniones, irreversibles. En tanto que para el resto, especialmente para aquellos provenientes de zonas rurales son necesarios otros tipos de establecimientos, aunque nunca hubo una definición más precisa acerca de las características y posibilidades.

Además, se hizo hincapié en que los delitos contra la propiedad deberían poder resolverse sin penas de cárcel, mediante multas o reparación pecuniaria.

En cuanto al tema de la *responsabilidad penal*, las opiniones se dividieron más que en cualquiera de los otros temas objeto de las entrevistas.

La mayoría sostiene que las ficciones jurídicas, especialmente aquellas que "la ley es conocida por todos", debe mantenerse aunque en la realidad no se cumpla. *"En principio que la ley sea conocida por todos es una ficción. Sabemos que no es así. Pero si abrimos la llave de la interpretación creo que, en definitiva vamos a permitir de alguna manera excepciones injustas. Yo digo: a éste no se la aplico porque estoy convencido de que no conocía la ley y a este sí se la aplico. Los paisanos, la gente humilde, gente de campo saben que no se puede acuchillar. Podrán tener una justificación, tal vez, en qué momento lo hizo, si entendió que se defendía o no. Pero esa es una cuestión*



de interpretación. El sabe que no tiene que apoderarse del chivo ajeno, sabe que no tiene que pegar y sin embargo a su mujer le pega. A los paisanos no les puede reprochar más que los hechos que cometen. Que no cometen ellos hechos que su cultura y su capacidad le permiten entender que eso no está de acuerdo con la ley. Insisto, vea la estadística acá, y va a ver cuáles son los delitos por los que los paisanos son procesados y me va a decir si él no sabía que no tenía que matar, que no tenía que robar, que no tenía que golpear, que no tenía que lesionar. Sí, pobre paisano, pero sabía lo que estaba haciendo. A veces las cosas son más simples de lo que parecen".

Si bien la ley puede parecer intrincada, es posible pensar que todos los seres humanos conocemos la diferencia entre el Bien y el Mal, lo correcto e incorrecto en términos generales, sin la necesidad de tener que apelar a los tecnicismos de la ley penal.

En este sentido la responsabilidad y el grado de reprochabilidad penales frente a un delito sería el mismo para cualquiera de nosotros, independientemente del origen, las circunstancias, y la historia.

Ninguno de los entrevistados sostuvo una determinación ni una causalidad directa, pero sí un entramado desventajoso que va dejando a la persona con mayor vulnerabilidad, pudiendo ser autor de un delito o víctima. Son personas débiles en el sentido de que no solo no pueden dar con un carril adecuado a sus expectativas de vida sino que tiene escasa o nula representatividad social. En otras palabras, nadie los representa y a medida que se sienten excluidos de los temas de discusión pública, se vuelven más invisibles y resignados a una situación que consideran inamovible.

Todos se mostraron cautelosos sobre el tema de la responsabilidad penal (imputabilidad). Al infringir en este sentido la "igualdad ante la ley", quedó claro que se debe reprochar en el mismo sentido cuando las condiciones son equivalentes.

En ningún momento se planteó la posibilidad de eliminar la pena; porque se debe sentir que se ha actuado en contra de los deseos de la sociedad, de la paz social que se necesita y de los acuerdos de convivencia para asegurar un mínimo de orden social.

Sin embargo, algunos de los entrevistados prefieren las penas cortas a las de larga duración. Las primeras duran lo suficiente como para sentir que la cárcel es una suerte de maldición y que, al disuadir, inhibe la reincidencia. En cambio en las penas largas, la destrucción de la personalidad, la carcelarización, y todos los efectos largamente conocidos actúan en sentido contrario (Castex 1997, Neuman 1990 a y b). Las penas largas apuntan, sin duda, al castigo en su faceta más cruda.

El relevamiento antropológico pudo mostrar, en un estudio de caso, el estado actual de la comprensión del poder judicial sobre la controversia "universalismo vs. Particularismo." (12)

Esta comprensión está vinculada con el entramado social y cultural donde los entrevistados se socializaron y profesionalizaron. La Antropología logra enlazar el campo cultural con la configuración institucional del poder punitivo que legítimamente ostenta el Estado, en este caso provincial.

VII) Los Fundamentos Antropológicos de la Subjetividad

Nadie negaría que hay factores subjetivos que deben ser reconocidos y considerados en la diversidad semántica sobre la pena, el castigo justo, el delito y las concepciones sobre la ley.

Es la subjetividad la que se pone de manifiesto en el registro etnográfico, que ignorada, puede llevar a consecuencias no queridas. Lo mismo podrá decirse sobre las decisiones que se toman: delinquir o apostar por



estilos de vida delictivos, juzgar, sentenciar, proponer reglamentos penitenciarios, generar motines o huidas de los penales.

En todos estos acontecimientos, la raíz social y cultural queda entrelazada con decisiones que se toman también desde la biografía, las historias familiares y comunitarias y por qué no, desde la contingencia. No es posible imaginar un modelo antropológico, como lo hicieron Platón o Descartes, en donde se descuenta la existencia de una razón universal que prima casi de forma exclusiva sobre los estratos oscuros e inalcanzables de las percepciones, emociones, sentimientos, motivaciones, estados de ánimo, experiencias, vivencias y todo lo que parece constituir un plano más "atávico" que el de la razón. Las personas de carne y hueso que se instalan en los estratos judiciales, en el lugar del juzgador o en el del imputado, no tiene muchas diferencias entre sí. A ambas los define un contexto individual, familiar, comunitario e histórico que las hace únicas en el marco de una humanidad común. Por lo tanto, cada una de ellas hablará y decidirá no solamente desde las razones de estar imputado, o las razones para sentenciarlo sino también desde lo que cree que legitiman esas razones, y en todo caso, le dan sentido a sus actuaciones sociales.

Encarar la subjetividad desde un conocimiento científico no significa caer en un caos de arbitrariedad. Por el contrario, nos permitiría conocer en forma más honda, amplia, detallada, y en todo caso, más cierta los por qué de las cuestiones que se juzgan.

Notas

- 1) En Argentina, a través de la reforma constitucional de 1994, en su artículo 75 inciso 17
- 2) En sentido estricto, nunca lo han sido.
- 3) Es un "extraño" odiado. Basta echarle una mirada a la ley de extranjería vigente en España. Para consultarla: www.laverdadigital.com.es
- 4) Me refiero a lo que en épocas pasadas se denominaba "subcultura", concepto que dejaba de lado la ligazón existente e imposible de desconocer con el sistema sociopolítico global.
- 5) Argentina la reconoce con la reforma constitucional de 1994, en el artículo 75 inciso 17.
- 6) El más representativo, pero no más importante, es sobre la adjudicación de responsabilidad penal (imputabilidad.)
- 7) Aunque aún así este fenómeno ha sido "capturado" por la Sociología.
- 8) Nuevamente aquí se debería usar el término "subcultura", que ha revivido en el vocabulario científico, con la advertencia indicada en la nota número 3.
- 9) Delitos de corrupción, mal desempeño de la función pública, peculado, etc. pero que en su conjunto encierra una predisposición selectiva pero afirmada incluso por la ciudadanía (como algo "natural" o algo a lo que hay que tolerar o resignarse) a ejercer los cargos públicos bajo el signo del abandono de la idea del bien común.
- 10) Financiada por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas y la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires.
- 11) Estos artículos del Código Penal argentino instruyen sobre tener en cuenta determinadas condiciones personales y ambientales para la graduación de la pena.
- 12) Se hizo lo mismo, con otro cuestionario, en el ámbito legislativo que aquí no se incluye debido a que excede el tema que estamos tratando.

Bibliografía

Cárcova, C. M. *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre Derecho y Política*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina. Los Fundamentos de las Ciencias del Hombre, no. 85, 1993

Castex, M. *El poder penal*. Universidad de Buenos Aires, Ciclo Básico Común, Oficina de Publicaciones, Facultad de Psicología, Secretaría de Cultura, 1997



- Clifford, J. y G. Marcus (eds.), *Writing Culture. The Poetics and Politics of Ethnography*. Berkeley, University of California Press, 1986
- De Sousa Santos, B. *Toward a New Common Sense*. Routledge, London-New York, 1995
- Evans-Pritchard, E.E. *Witchcraft, Oracles and Magic Among the Azande*, Oxford, 1937
- Ferrel, J. Cultural Criminology. *Annual Review of Sociology*, vol. 25: 395-418, 1999
- Foster, G. *Traditional societies and technological change*. New York, Harper and Row, 1962
- Foster, R.J., Making National Cultures in the Global Ecumene. *Annual Review of Anthropology* 20, 1991
- Foucault, M. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. México, F.C.E., 1985
- Foucault, M. *La verdad y las formas jurídicas*. México, Gedisa, 1986
- Foucault, M. *La vida de los hombres infames*. Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1990
- Francia, L. *Diversidad cultural y jurídica. En camino hacia un nuevo pluralismo*. Cejis, Bolivia, 1998
- Gupta, A. y J. Ferguson, Beyond "culture": Space, Identity and the Politics of Difference. *Cultural Anthropology* 7 (1), 1992
- Kalinsky, B. y M. Valero, Democratizar la cárcel. ¿Una contradicción de términos? *Capítulo Criminológico*, 45 1-2, Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro", Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1997
- Kalinsky, B. Pluralidad sociocultural y formas punitivas del Estado. *Revista Alteridades*. Año 6 no. 11, México. Universidad Metropolitana, Unidad Itzapalapa, 1995
- Keesing, R. "Anthropology as interpretive quest". *Current Anthropology*, 28 (2), 1987
- Heggenhougen, H.K., Perceptions of health-care options and therapy-seeking behavior. En: J. Cleland & A.G. Hill (eds.) *The Health Transition: Methods and Measures* Health Transition Series no. 3. Health Transition Centre. The Australian National University, 1991
- Hopper, K., Some old questions for the new cross-cultural psychiatry. *Medical Anthropology Quarterly* 5 (4), 1991
- Merry, S. *Courts as Performances*. Wellesley College. American Anthropological Association, Chicago, IL, 1991
- Merry, S.E., Anthropology, Law and Transnational Processes. *Annual Review of Anthropology* 21, 1992
- Myntti, C. The anthropologist as storyteller: picking up where others leave off in public-health research. En: J. Cleland & A. Hill (eds.) *The Health Transition. Methods and Measures*. Health Transition Series no.3. The Australian National University, 1991
- Neuman, E. Cárcel, estereotipo y readaptación social. En: M. Laferriere y H. Leis (comp.) *Cárcel y Democracia: un debate necesario*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, Biblioteca Política Argentina, 1990 a
- Neuman, E. El encierro carcelario. En: D. Barberis (comp.) *Política social en los tiempos de cambio*. Buenos Aires, Puntosur editores, 1990 b
- Redfield, R. *Peasant Culture and Society*, Phoenix Books, Chicago, IL, University of Chicago Press, 1956
- Stavenhagen, R. y D. Iturralde. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano de Derechos Humanos, 1990
- Vattimo, G. *Ética de la interpretación*. Argentina, Paidós Studio, 1992
- Yrigoyen Fajardo, R. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999

Recibido el 30 Jul 2002