

El derecho penal frente a la interculturalidad en México*

The Criminal Law Against the Interculturality in Mexico

EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT**

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN***

RESUMEN

El artículo propone un panorama sobre la tensa relación entre la afirmación del derecho a la identidad cultural y la competencia penal intercultural del Estado. Se comenta cómo la diferencia cultural ha sido considerada por la teoría del delito, principalmente, dentro de la figura del error de prohibición. Se profundiza en las tesis de los delitos motivados por la diferencia cultural y de la defensa cultural que proponen otorgar un trato diferenciado a los miembros de minorías que incurrir en comportamientos delictivos. En el caso de los indígenas sometidos a proceso penal, se comenta la importancia que la prueba del peritaje antropológico o cultural tiene para el cumplimiento de sus derechos y para la promoción de una defensa acorde con la exigencia de respetar la identidad del indígena.

PALABRAS CLAVE

Delitos culturalmente motivados, defensa cultural, indígenas, peritaje antropológico.

ABSTRACT

This article proposes a panorama on the tense relationship between the affirmation of the right to cultural identity and intercultural criminal jurisdiction of the State.

It discusses how cultural difference has been considered by the theory of crime, mainly within the figure of the error of prohibition.

It goes into detail about the Theses of crimes motivated by the cultural difference and the cultural defense, which propose to grant differential treatment to members of minorities who incur criminal behavior.

In the case of indigenous subject to criminal proceedings, the importance is said that the test of anthropological or cultural expertise has to fulfill their rights and to promote a defense line with the requirement to respect the indigenous identity.

KEYWORDS

Culturally Motivated Offenses, Cultural Defense, Indigenous, Anthropological Expertise.

* Artículo recibido el 29 de mayo de 2015 y aceptado para su publicación el 16 de junio de 2015.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. (elb@unam.mx)

*** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. (rfonsecal@derecho.unam.mx)

SUMARIO / 1. Introducción / 2. Reconocimiento de la diferencia cultural en el derecho penal / 3. Justicia indígena en México / 4. Comentarios conclusivos

1. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2001, el texto del artículo 2 constitucional prevé un catálogo de derechos diferenciados de los cuales son titulares los miembros de pueblos y comunidades indígenas. Entre estos, aquellos cuyo ejercicio se vincula con el ámbito del derecho procesal penal son de particular interés; se trata en este renglón de derechos complementarios del debido proceso, fundamentados en el diagnóstico de que las diferencias étnicas, culturales y lingüísticas han constituido históricamente desigualdades de hecho que han obstaculizado el pleno ejercicio de sus derechos ante la jurisdicción estatal.

En concreto, en la fracción VIII, apartado A, del artículo 2 constitucional, se reconocen tres derechos procesales principales: *a)* que se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, *b)* que sean asistidos por intérpretes, y *c)* que sean asistidos por defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. En complemento, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, en sus artículos 9.2 y 10.1, establece el deber de las autoridades penales de tomar en cuenta las costumbres indígenas, así como sus características socioculturales. De igual forma, el Código Nacional de Procedimientos Penales recoge estos derechos a la asistencia de un intérprete, a un defensor con conocimiento de su lengua y cultura, y a que en la sentencia se consideren sus usos y costumbres.

Aunque los derechos están así reconocidos en los documentos jurídicos, en la actualidad aún prevalece una amplia incomprensión sobre lo que significa la atención de la diferencia cultural en el ámbito de un procedimiento penal. El debate está limitado sobre preguntas de gran trascendencia, entre otras: ¿cómo se atiende y cómo debería atenderse la multiculturalidad en el ámbito del derecho penal? ¿El derecho penal es compatible con los derechos colectivos al derecho y a la justicia propios? ¿Qué características ha de tener el derecho penal para mostrarse respetuoso de las diferentes identidades culturales?

En el presente artículo, se propone un panorama sobre la tensa relación entre la afirmación del derecho a la identidad cultural y la competencia penal intercultural del Estado. Se comenta la manera en que la teoría del delito ha considerado a la diferencia cultural, principalmente dentro de la figura del error de prohibición. Se profundiza en las tesis de los delitos motivados por la diferencia cultural y de la defensa cultural que proponen otorgar un trato diferenciado a los miembros de minorías que incurren en comportamientos delictivos debido a la existencia de un conflicto entre las normas de su cultura y las disposiciones del orden estatal, casos en los cuales la amenaza de la pena conlleva criminalizar el pluralismo cultural y normativo.

En el caso de los indígenas sometidos a proceso penal, dentro del catálogo de prerrogativas diferenciadas que garantizan su pleno acceso a la justicia, se abunda en el derecho a que se tomen en cuenta sus sistemas normativos durante el enjuiciamiento. Se comenta la importancia que la prueba del peritaje antropológico o cultural tiene para el cumplimiento de ese derecho y para la promoción de una defensa acorde con la exigencia de respetar la identidad del indígena.

Por último, para el lector no adentrado en el tema, se incluye una breve mención sobre el derecho marco a la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas; dentro de este, a la impartición de justicia según los propios sistemas normativos. Destaca el contenido de las normas constitucionales y convencionales que dan el marco para el ejercicio de estos derechos diferenciados en el renglón de la justicia.

2. RECONOCIMIENTO DE LA DIFERENCIA CULTURAL EN EL DERECHO PENAL

2. 1 *Delitos motivados por la diferencia cultural*

Una vez que el sistema jurídico de un Estado reconoce el derecho a la identidad cultural de las minorías que habitan su territorio, este reconocimiento debe verse reflejado en todo el ordenamiento jurídico.¹ En el ámbito del derecho

¹ Cabe precisar que este reconocimiento de la "diferencia cultural" se da en dos escenarios diversos. Los autores europeos citados estudian el contexto de las minorías étnicas, principalmente de inmigrantes, que se han instalado en las naciones de aquel continente. Por su parte, en el contexto latinoamericano, la discusión teórica se ocupa de los pueblos indígenas, minoritarios o no, que reivindican un carácter originario. Los contextos sociológico y antropológico son claramente diversos, pero en la abstracción de la teoría del derecho que aquí interesa el contacto es innegable.

penal, ese reconocimiento plantea diversos problemas. El primero se refiere a la legitimidad de aplicar las normas penales de una cultura mayoritaria o predominante a personas provenientes de culturas diferentes, con sus propias concepciones de lo jurídico. Según plantea Höffe, la cuestión central es determinar si los órdenes jurídicos tienen derecho a una “competencia penal intercultural”, es decir, a aplicar su derecho punitivo “más allá de las fronteras culturales”.²

En el nivel del derecho positivo, la respuesta es afirmativa: los Estados soberanos de ascendencia liberal sostienen la aplicabilidad de su derecho punitivo dentro de su territorio a todas las personas por igual, sin atender a los diversos orígenes culturales. Rigen así los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley penal. No obstante, en el nivel de la corrección jurídico-moral de esa competencia, bajo la necesaria consideración del derecho a la identidad cultural, la cuestión admite otras respuestas.

Desde una perspectiva de relativismo cultural –que hace depender del contexto cultural la validez de cualquier justificación–, la legitimidad de esa competencia penal intercultural es dudosa, porque el derecho penal tutela valores acordes con la moralidad de la cultura que lo estatuye. Efectivamente, una característica del derecho penal es su “localismo”. Según cita Pérez de la Fuente, Basile ha señalado que “país al que vas, delito que encuentras”; igualmente, Ponti escribe que “la norma penal es una de las expresiones más explícitas de los valores prevalecientes en una cierta área cultural”.³ En esa medida, si el derecho penal no es culturalmente “neutro”, si cada cultura define de acuerdo con su moralidad qué es delito y cómo sancionarlo, para el relativismo pretender la aplicabilidad extracultural de las normas punitivas es injustificable porque implica utilizar la pena como medio de aculturación de los integrantes de las culturas minoritarias, lo cual constituye una forma de etnocidio. Así, para esta postura la única vía de acción correcta es la tolerancia franca de las prácticas y costumbres culturales.

Contrariamente, la postura universalista sostiene que si bien el catálogo legal de delitos y penas varía de una cultura a otra, todas coinciden en un derecho penal “mínimo”, el cual dispone la punición de un conjunto básico de comportamientos que vulneran valores reconocidos universalmente. Este

² Höffe, Otfried, *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 17.

³ Véase Pérez de la Fuente, Óscar, “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, núm. 1, primavera-verano de 2012, p. 63. [Consulta: octubre, 2014]. Disponible en: <http://www.ejls.eu/10/126ES.pdf>

derecho penal mínimo común a todas las culturas contiene los llamados delitos naturales o *mala in se* del iusnaturalismo tradicional. En el discurso jurídico contemporáneo, estos se identifican con los actos que atentan contra la dignidad y los derechos humanos. Declarada la universalidad de ese derecho penal mínimo, resulta legítimo y correcto que el orden jurídico reclame su aplicación a toda persona, independientemente de su procedencia cultural. Según afirma Höffe: “una competencia penal que trascienda a las culturas, un derecho penal intercultural, existe [...] en la medida en que los delitos jurídico-penales se puedan fundamentar con argumentos de naturaleza humana universal, y más específicamente, con argumentos de los derechos humanos, lo cual es generalmente el caso [...] en los delitos previstos en los ordenamientos liberales”.⁴

Las posiciones intermedias entre el relativismo y el universalismo penales, sin cuestionar abiertamente la competencia penal intercultural reclamada por los Estados, sostienen la necesidad de incluir en el derecho penal una consideración a la diferencia cultural de las personas pertenecientes a minorías. Estas posiciones afirman la existencia de “delitos culturalmente motivados” y respaldan el empleo de la “defensa cultural” como una mejor respuesta a qué debe hacerse “cuando la cultura de una persona es delito en otra”.⁵ En Europa, la discusión en torno a estas tesis se ha enfocado en el acto en sí (delito culturalmente motivado), mientras que en los Estados Unidos los estudios han abordado el asunto desde la perspectiva de la defensa del acusado (defensa cultural).⁶ Para el propósito de este artículo, es de interés ahondar en esas dos nociones. Su relación con la situación concreta de los pueblos indígenas en México se comentará en el siguiente apartado.

Un delito culturalmente motivado es un acto de un miembro de una cultura minoritaria considerado delito por el sistema legal de la cultura dominante. Ese mismo acto es, dentro del grupo cultural del delincuente, condonado, aceptado como un comportamiento normal, aprobado o incluso promovido en la situación dada.⁷ Este acto delictivo refleja una situación de pluralismo normativo: el agente cumple con una norma propia de su cultura que es contraria a una norma —en este caso penal— del sistema jurídico oficial. Asimismo, el delito implica un choque entre los valores de la cultura a la

⁴ Höffe, Otfried, *op. cit.*, p. 155.

⁵ Pérez de la Fuente, Óscar, “Delitos culturalmente...”, *op. cit.*, p. 54.

⁶ Van Broeck, Jeroen, “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, núm. 1, 2001, p. 31.

⁷ *Ibidem*, p. 5.

que pertenece el infractor y los valores de la cultura dominante que la norma penal tutela. De este modo, no cualquier delito cometido por un miembro de una cultura minoritaria se inscribe en esta categoría.

En el contexto de los Estados poliétnicos —en los cuales la multiculturalidad es resultado de procesos migratorios—, Pérez de la Fuente refiere la siguiente lista de delitos culturales más usuales: *a)* violencia familiar, maltrato y secuestro de personas, cometidos según una concepción de familia patriarcal distinta a la occidental; *b)* homicidios o agresiones en defensa del honor familiar, grupal, sexual o personal; *c)* delitos de reducción a la esclavitud en perjuicio de menores; *d)* delitos contra la libertad sexual de menores, quienes en la cultura de origen del imputado no gozan de protección particular en virtud de su edad; *e)* lesiones personales específicas, como las mutilaciones genitales femeninas rituales o sacrificios estéticos; *f)* delitos en materia de estupefacientes, relativos a drogas cuyo consumo es lícito o recomendado en el grupo cultural del inmigrante; *g)* otros delitos en los cuales, debido a la diversidad cultural, el imputado cae en una situación de error sobre el hecho que constituye delito o sobre la ley que prevé el hecho como delito.⁸

Como se observa, la lista es muy amplia; mientras algunas conductas constituyen delitos de gravedad contra las personas, otras resultan menos lesivas, como las conductas en materia de drogas. El punto común para considerar que esos delitos son culturalmente motivados no es sólo que el autor pertenece a una minoría, sino que su actuar refleja un conflicto entre la norma de la cultura propia (tradición o costumbre) que le mueve a actuar y la norma positiva oficial que criminaliza ese actuar. Ese choque entre culturas jurídicas es la causa directa del delito.

Para identificar ese trasfondo en un hecho delictivo concreto, Van Broeck propone tres etapas. Primero, es necesario examinar la motivación subjetiva o justificación alegada por el propio acusado. Si esta persona declara haber actuado de acuerdo con ciertas normas culturales, es necesario corroborar la existencia de dichas normas, contrastando si otros miembros del grupo cultural del delincuente coinciden con ese parecer y si estiman o no apropiado su actuar en la situación dada. De este modo, el razonamiento subjetivo es objetivado y es posible verificar si existe una base cultural que dé fundamento al actuar del sujeto. En un tercer paso, la cultura del delincuente se compara con las normas de la cultura dominante y de este modo se toma la

⁸ Pérez de la Fuente, Óscar, "Delitos culturalmente...", *op. cit.*, pp. 64 y 65.

decisión.⁹ En sentido similar, para definir cuándo se está en presencia de un delito cultural, Renteln propone la verificación de un instrumento de tres preguntas: ¿es el litigante miembro de un grupo étnico? ¿Tiene el grupo una tradición aplicable al caso? ¿El litigante fue influenciado por esa tradición cuando actuó?¹⁰

Cuando un caso concreto se identifica como delito culturalmente motivado es procedente la denominada defensa cultural: una estrategia por la cual, señala Renteln, individuos pertenecientes a grupos étnicos minoritarios hacen referencia a sus antecedentes culturales para justificar su comportamiento en un procedimiento legal.¹¹ De acuerdo con Van Broeck, la defensa cultural afirma que las personas socializadas en una cultura minoritaria o extranjera, que regularmente se conducen de acuerdo con sus propias normas culturales, no deben ser considerados plenamente responsables por conductas que infringen el derecho oficial, si esas conductas cumplen con las prescripciones de su propia cultura. La defensa cultural implica una postura doctrinal específica, según la cual los antecedentes culturales de un acusado pueden admitirse como una excusa o una circunstancia atenuante en un juicio penal.¹² De este modo, esta tesis sostiene que la diferencia cultural debiera motivar un trato diferenciado en el proceso o incluso una excepción en la aplicación de la norma penal. Esto con el propósito de excluir o atenuar la pena cuando esta implica sancionar a la persona por su diferente identidad cultural.

Dado que los ordenamientos punitivos de los Estados no establecen expresamente excepciones debidas a la diferencia cultural de las personas, las tesis de la defensa cultural han intentado acomodar esa diferencia en las categorías actuales de la teoría jurídica del delito. Dependiendo del caso concreto, la diferencia cultural se ha entendido como causa de imputabilidad, como causa de inculpabilidad (error o no exigibilidad de otra conducta) o como circunstancia modificativa de la responsabilidad (atenuante o eximente de la pena).

En el contexto español, Monge Fernández revisa los intentos teóricos por ubicar en la sistemática penal las diferencias culturales, a las cuales denomina “factores socioculturales” (cabe aclarar que su exposición es,

⁹ Van Broeck, Jeroen, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰ Renteln, Allison Dundes, “The Cultural Defense: Challenging the Monocultural Paradigm”, en Marie-Claire Foblets *et al.* (eds.), *Cultural diversity and the law. State responses from around the world*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 816.

¹¹ *Ibidem*, p. 792.

¹² Van Broeck, Jeroen, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

en lo general, contraria a la aplicabilidad de excepciones motivadas por la diferencia cultural):¹³

a) Causa de inimputabilidad. En este ámbito no parece procedente considerar las diferencias culturales como anomalías orgánicas o alteraciones psíquicas permanentes. No obstante, un sector de la doctrina las ha incluido en la llamada “alteración de la percepción”, en virtud de considerar que la falta de socialización o el aislamiento cultural pueden dar origen a un “sub-desarrollo cultural” que limite la imputabilidad del agente.

b) Error directo de prohibición. De manera general, el error implica el desconocimiento o ignorancia de la ilicitud o antijuridicidad del hecho. Según sea vencible o invencible, es decir, evitable o no, atenuará o excluirá la culpabilidad. Resulta aplicable cuando el individuo perteneciente al grupo minoritario no conoce que su conducta está sancionada penalmente. Según advierte Monge, en los delitos contra las personas (asesinato, lesiones, secuestro), dados los valores primarios que implican, no puede alegarse la ignorancia respecto a la ilicitud de la conducta.

c) Error directo de comprensión. Se presenta cuando, existiendo conocimiento del injusto, no hay comprensión del mismo de parte del autor. El sujeto no interioriza el mandato penal como parte de su catálogo de valores. En esta categoría se inscriben los casos de socialización exótica, en los cuales el sujeto, al pertenecer a una cultura distinta, ha recibido una educación distinta que le impide hacer suyo el mandato de la norma penal. Suele hablarse también de un error culturalmente condicionado, porque es la cultura del sujeto la que dificulta la comprensión de que su actuar es ilícito.¹⁴

d) Error indirecto de prohibición. Se presenta cuando el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva, pero equivocadamente considera que su actuar se dispensa por una causa de justificación reconocida por la ley (justificación putativa), o se cree amparado por una causa de justificación que es en realidad inexistente. En esta última figura se inscriben los delitos culturales en los cuales el delincuente apela a la defensa del honor o a otra justificación cultural no reconocida por el orden jurídico positivo.

¹³ Cfr. Monge Fernández, Antonia, *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 65 y ss.

¹⁴ Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 736 y ss.; Carnevali, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, *Política Criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, vol. 2, núm. 3, 2007, p. 1. [Consulta: octubre, 2014]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf

e) Atenuantes o eximentes de la punibilidad. Cuando los errores anteriores son vencibles no excluyen la culpabilidad, pero cabe que se vean reflejados como causa de atenuación de la pena. Por otro lado, como eximente desde una evaluación político-criminal, los valores socioculturales de un sujeto pueden considerarse una causa de exculpación cuando no haya necesidad preventiva de la pena.

Se ha propuesto también optar por la vía de la justicia restaurativa cuando el delito se comete al interior de la cultura minoritaria y la víctima, aun sufriendo un daño desde la perspectiva del derecho estatal, tolera el hecho por el significado no criminal que se le da dentro su cultura. Un ejemplo de esta situación, según señala Cornacchia, es la violencia de género “consuetudinaria” que se presenta “con el consentimiento por parte de las mismas víctimas”, quienes no ven la actuación del derecho penal “como una protección de sus derechos, sino como una imposición de modelos ‘coloniales’”.¹⁵ En sentido similar, Ferreira Monte escribe que en estos casos “la víctima es un amigo y el delito se comete en el interés de esa persona —desde la perspectiva del delincuente—, para promover o, al menos, para no marginar a ella y su familia por razones étnicas y culturales”. De ahí que en estos casos sea preferible optar por mecanismos de mediación. Sólo cuando la víctima no pueda por su minoría de edad o vulnerabilidad participar libremente en la restauración, corresponderá al Estado intervenir, no “para castigar o reprimir, cuanto para reintegrar, para procurar la reparación de los daños y la reintegración del autor”.¹⁶

En general, la figura del error de prohibición es la vía de “acomodo” de la diferencia cultural más señalada por la doctrina penal. Sin embargo, sólo es viable apelar al total desconocimiento de las normas penales de la sociedad de acogida en los casos de grupos culturales cerrados a todo proceso de integración. Cuando los miembros de minorías migrantes están inmersos en procesos complejos de aculturación e integración, la apelación al error requiere tomar en cuenta, según refiere Pérez de la Fuente, además de la acción típica cometida y de la norma cultural “observada”, el grado de

¹⁵ Cornacchia, Luigi, “Justicia transicional en una sociedad multicultural”, en Luigi Cornacchia y Pablo Sánchez-Ostiz (Coords.), *Multiculturalismo y derecho penal*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi - Universidad de Navarra - Instituto Cultura y Sociedad - Gobierno de Navarra, 2012, p. 77.

¹⁶ Ferreira Monte, Mário, “Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono. Prueba de una solución de restauración para el problema de los delitos motivados culturales”, en Luigi Cornacchia y Pablo Sánchez-Ostiz (Coords.), *Multiculturalismo...*, op. cit., pp. 127-129.

vinculación de esa norma cultural para el sujeto, su grado de adhesión a la propia cultura y su grado de integración a la cultura del país de llegada.¹⁷

Por otro lado, la invocación del error no es pertinente cuando los miembros de minorías saben y comprenden que su costumbre está prohibida por el orden penal, pero aun así se sienten obligados a seguir sus normas tradicionales. En estos supuestos se hace patente la cuestión de fondo en este asunto, señalada al inicio de este apartado: determinar si la prohibición penal de expresiones culturales de las minorías es legítima, correcta y compatible con el reconocimiento del derecho a la identidad cultural.

La respuesta a esta cuestión depende del tipo de delito cometido. Como se mencionó con anterioridad, el derecho penal de un Estado, a la vez que tipifica actos contra la dignidad y los derechos humanos que el universalismo penal estima de alcance universal, también sanciona comportamientos de acuerdo con la moralidad local que no necesariamente coinciden con lo estimado delictivo en otras culturas, o aun en otro momento histórico de la misma cultura (piénsese, por ejemplo, en la progresiva despenalización de los delitos contra las buenas costumbres, contra el honor, etcétera).

En el primer grupo de delitos, la inviolabilidad de la dignidad humana es el argumento mayoritario para sostener la prohibición penal de toda práctica cultural que lesione esa dignidad, excluyendo por tanto la posibilidad de una defensa cultural. El Consejo de Europa señala que: “No se puede aludir a las tradiciones étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas para impedir que las personas ejerzan sus derechos humanos o participen de un modo responsable en la vida de la sociedad [...] Las violaciones de los derechos humanos, como los matrimonios forzados, los “crímenes de honor” o las mutilaciones genitales, nunca pueden estar justificadas”.¹⁸ De este modo, concluye Monge, las excepciones culturales no deben incidir en la responsabilidad del sujeto cuando se trate de tradiciones incompatibles con la dignidad de la persona y los derechos humanos.¹⁹

Ahora bien, en el segundo grupo de delitos, dado que los bienes jurídicos tutelados sólo representan valores acordes con la moralidad local, el deber estatal de respetar el derecho a la identidad cultural de la minoría debe

¹⁷ Pérez de la Fuente, Óscar, “Delitos culturalmente...”, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸ *Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural. “Vivir juntos con igual dignidad”*, Consejo de Europa, junio de 2008, p. 24. [Consulta: septiembre, 2014]. Disponible en: http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_SpanishVersion.pdf

¹⁹ Monge Fernández, Antonia, *op. cit.*, p. 113.

priorizarse frente a la pretensión punitiva intercultural. Como ilustra Renteln, conjuntando ambos escenarios, es importante ponderar los otros derechos humanos con el derecho a la cultura. Si una costumbre involucra un daño genuino, posiblemente tenga que ser limitada. En la ausencia de daño, el derecho a la cultura debe garantizar la protección de la forma de vida.²⁰ Así, cuando el delito no lesione la dignidad o los derechos humanos, cabe admitir plenamente la defensa cultural o un mecanismo de justicia restaurativa centrado en el restablecimiento del tejido social. Más cuando la imposición de la pena, según escribe Cornacchia, “puede que no tenga ninguna fuerza de intimidación [sino que] cree chivos expiatorios [...] en vez de fortalecer la confianza de la colectividad, contribuye a la exclusión de las comunidades que no se reconocen en los valores protegidos”, además de que no consigue resocializar al individuo, sino una “conversión cultural forzada’ a través de la coacción”.²¹

Para concluir este apartado, se recalca que la noción de delitos motivados culturalmente constituye un avance en el reconocimiento de la diferencia cultural dentro del ámbito del derecho punitivo. La defensa cultural, con las limitantes consideradas, permite tomar en cuenta el derecho a la identidad de las minorías, cuando sus costumbres y prácticas tradicionales son criminalizadas por el orden jurídico estatal.

La admisión de esta defensa cultural requiere considerar, cuando menos, los siguientes elementos señalados por Pérez de la Fuente: “a) Bien jurídico: ¿Se corresponde con un derecho humano? ¿Tiene que ver con la igual dignidad o la libertad sexual?; b) Daño a terceros: ¿Está claramente especificado el daño a terceros?; c) Grado de asimilación: ¿En qué medida el individuo conoce —o está integrado— en la sociedad receptora?; d) Reciprocidad: ¿La acción es delito en la sociedad de origen?”.²²

En todo caso, según concluye Castillo Ara, existe un deber de los jueces de “ponderar las valoraciones culturales diferenciadas” siempre que entren en juego en un caso penal. Es una obligación que no requiere de una norma expresa, sino que deriva del respeto al principio de igualdad indispensable en el Estado democrático plural de derecho.²³

²⁰ Renteln, Allison Dundes, *op. cit.*, p. 817.

²¹ Cornacchia, Luigi, “Justicia transicional...”, *op. cit.*, p. 78.

²² Pérez de la Fuente, Óscar, “Delitos culturalmente...”, *op. cit.*, p. 78.

²³ Castillo Ara, Alejandra, “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, *Revista de Derecho*, vol. 27, núm. 2, diciembre, 2014, p. 264. [Consulta: mayo, 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v27n2/art11.pdf>

2.2 Delitos cometidos por indígenas

Vista la anterior discusión sobre la existencia de delitos motivados por la diferencia cultural, toca ahora analizar cómo responde el derecho penal mexicano cuando una persona de cultura indígena comete un acto delictivo. En principio, la competencia intercultural de ese derecho no se ha puesto en duda. Dentro de su ámbito espacial de validez, la norma penal obliga por igual a ciudadanos indígenas y no indígenas. Rige así el principio de igualdad de trato ante la ley penal. Sin embargo, en las dos últimas décadas, este principio se ha matizado para incluir una consideración a la diferencia cultural de los indígenas sometidos a la justicia penal y otorgarles un trato diferenciado. Su pertenencia a otra cultura es un factor de vulnerabilidad que obstaculiza su pleno acceso a la justicia.²⁴

Dentro del catálogo de derechos reconocidos a los indígenas, el derecho de pleno acceso a la justicia del Estado se ha concretado en tres grupos de prerrogativas con reconocimiento dispar en la legislación federal y local: *a)* derechos complementarios del debido proceso derivados de la diferencia de lengua y cultura (intérprete, defensor conocedor de la lengua y costumbres); *b)* beneficios derivados de la situación de los indígenas como grupo vulnerable (trato favorable en la sentencia y durante su ejecución, revisión oficiosa del respeto a derechos); y *c)* derechos derivados de la diferencia jurídico-cultural (consideración de sus especificidades culturales, costumbres o sistemas normativos). Este último grupo de derechos es relevante para el tema que ahora se estudia, pues constituye el reconocimiento legislativo de un derecho a la defensa cultural.

Una defensa cultural, según se comentó en el punto anterior, tiene como primer propósito mostrar al juzgador que en el caso concreto se ha cometido un delito motivado culturalmente, porque el actuar del sujeto ha reflejado la existencia de un conflicto entre una norma de su propia cultura y la norma prohibitiva del derecho estatal. En el caso de los indígenas en México, el

²⁴ Esto, no obstante que la consideración de "grupos vulnerables" dentro del derecho penal no es del todo aceptable para una parte de la doctrina. De acuerdo con González: "Esta es una expresión retórica que no congenia con la naturaleza y finalidades del derecho penal. Los miembros de un llamado grupo vulnerable, finalmente son personas o ciudadanos con sus derechos intactos, equivalentes a las otras personas de la sociedad, y en esa medida están protegidos [...] Una definición de grupos vulnerables sería de tal labilidad y apertura que no podría regirse por un adecuado principio de legalidad estricta". González de la Vega, René, "Grupos vulnerables", en Gerardo Laveaga y Alberto Lujambio (Coords.), *El derecho penal a juicio. Diccionario crítico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 290.

reconocimiento de esta defensa como un derecho implica asignar a los juzgadores el deber de averiguar y evaluar de oficio la posible existencia de ese conflicto normativo.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que los jueces penales, cuando deban determinar si una persona indígena merece ser castigada por haber incurrido en una conducta típica y punible consignada en la legislación penal aplicable, deberán “indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados”. Es decir, “deberá tomar en cuenta [...] tanto las diferentes normas de fuente estatal aplicables como las específicas que puedan existir en la comunidad cultural del procesado con relevancia en el caso”.²⁵

Parece difícil que el juzgador realice por sí mismo la indagación de las normas consuetudinarias de una comunidad indígena de la cual probablemente ni siquiera conoce el idioma. Para eso se prevé la prueba del peritaje antropológico o cultural como la vía idónea para identificar la influencia de la cultura y las normas consuetudinarias en el caso concreto. En palabras de Valladares: “El perito, frente a las diferentes realidades, busca explicar a la autoridad el significado que el hecho implica en la integralidad de una cultura que le es ajena”.²⁶

Los peritajes antropológicos empezaron a utilizarse en el país desde hace poco más de dos décadas. Luego de la firma del Convenio 169 de la OIT en 1989. En 1991 se reformó la legislación procesal penal federal para incluir, entre otras cuestiones, la solicitud de esta prueba pericial por el juzgador como medio para captar la diferencia cultural del indígena respecto a la cultura nacional.²⁷ Tras el reconocimiento de los sistemas normativos en la reforma constitucional de 2001, el objetivo central de los peritajes antropológicos en materia penal ya no es “describir” al juzgador la cultura del pueblo al que

²⁵ “Personas indígenas. Acceso pleno a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos de que sean parte, los órganos jurisdiccionales deben tomar en cuenta tanto las normas de fuente estatal aplicables como sus costumbres y especificidades culturales”, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, 1a. Sala, tomo 30, diciembre de 2009, p. 290.

²⁶ Valladares de la Cruz, Laura R., “El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural”, en José Gabriel Baeza Espejel *et al.* (Coords.), *Pueblos indígenas: debates y perspectivas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Programa Universitario México Nación Multicultural, 2010, p. 524.

²⁷ Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 220 Bis. “Cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional” (adicionado por reforma publicada el 8 de enero de 1991).

pertenece el indígena, sino proporcionarle una mejor explicación del delito como producto de un choque entre normas de dos sistemas diversos. Como apunta Lachenal, con el peritaje antropológico “no se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, y por ende ser sujeto de un sistema normativo propio”.²⁸

Ahora bien, con el peritaje antropológico como respaldo probatorio, la defensa cultural puede conducir a que la conducta sea justificada, que se atenúe o que se excluya la pena. Sobre esto no hay claridad, pues aunque las legislaciones afirman que los jueces y tribunales deben tomar en cuenta la especificidad cultural o las costumbres al dictar sentencia y fijar las sanciones, nada dicen sobre la ubicación en la sistemática del delito de estos elementos: si la existencia de norma consuetudinaria justificante debe considerarse en la antijuridicidad; si la diferencia cultural cuenta para la identificación de la imputabilidad; si debe considerarse en la valoración de la culpabilidad o en qué grado puede motivar una atenuación de la pena. En todo caso, la valoración de la prueba pericial es facultad discrecional del juzgador.²⁹

Durante el siglo xx fue todavía habitual que la doctrina penal latinoamericana considerara a los indígenas como inimputables. Según refiere Maureira, en una visión todavía propia del positivismo y de las escuelas causalistas, “en la determinación de la responsabilidad penal ante el Estado, los indígenas [eran] considerados incapaces, dementes, salvajes o ciudadanos de distinto tipo y, por consiguiente, la exigencia de esta responsabilidad se [ubicaba] en el marco de la discusión por la imputabilidad”.³⁰ La doctrina penal contemporánea ha abandonado esta posición; ahora ubica la diferencia

²⁸ Lachenal, Cécile, “Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión en el caso de México”, en Rudolf Huber *et al.* (Coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 189.

²⁹ Según reseña Lachenal: “En la teoría de la prueba, el peritaje está clasificado como medio de prueba complementario o accesorio, junto con el careo, la confrontación, la inspección y la reconstrucción del hecho o la conducta, para distinguirlo de los medios fundamentales o básicos, como son las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de los terceros llamados testigos. El peritaje es diferente de un testimonio, ya que al perito se le pide un criterio, una apreciación, y no un relato, como sí se hace con los testigos. En realidad, el perito es un auxiliar de los órganos de justicia; dentro de la relación procesal no es posible ubicarlo en el mismo plano de los sujetos autores de la trilogía de los actos esenciales del proceso (acusación, defensa y decisión): él es un sujeto secundario a quien se encomienda desentrañar aspectos técnico-científicos materia del proceso”. *Ibidem*, p. 198.

³⁰ Maureira Pacheco, Max, “Política criminal e indigenismo. Fundamentos jurídico-teóricos de la política criminal indigenista”, *Indígena*, núm. 22, 2005, p. 199. [Consulta: septiembre, 2014]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=247018075010>

cultural como posible causal de error de prohibición, en concreto, de un “error de comprensión culturalmente condicionado”.³¹

En México, la figura del error fue introducida en el Código Penal Federal con la reforma de 13 enero de 1984. Esta reforma, además de estatuir en el artículo 15 fracción xi los errores invencibles de tipo y de prohibición como circunstancias excluyentes, adicionó en un artículo 59 bis un caso específico de error o ignorancia invencible debido a “extremo atraso cultural” y “aislamiento social del sujeto”, el cual no se consideraba excluyente sino atenuante.³² Este esquema estuvo vigente hasta el 10 de enero de 1994, cuando una nueva reforma al Código trasladó la figura del error a la fracción viii del artículo 15, dándole su redacción actual, y derogó el artículo 59 bis.

Mientras estuvo vigente, la figura del error o ignorancia por atraso cultural extremo y aislamiento se entendió referida prioritariamente a la condición de las personas indígenas. Si bien esta disposición implicaba un beneficio para el inculpado (atenuación de la pena), este se fundamentaba en una posición etnocéntrica propia del indigenismo estatal integracionista todavía vigente en los años ochenta, que relacionaba lo indígena con el atraso y la falta de aculturación. Según critica Escalante, se asociaba “un elemento social o incluso geográfico con una condición cultural”; es decir, la cultura se intentaba “definir y construir a partir del alejamiento y la incomunicación”. La eventual atenuación de la sanción respondía a un “principio de caridad”, detrás del cual “prevalece la idea de que los indígenas son incapaces de comprender los términos de la ley, y por lo tanto merecen ciertas condolencias legales, dado su aislamiento, atraso cultural”.³³

En la actualidad se busca superar esa visión paternalista que considera al indígena merecedor de un trato “caritativo” por la justicia penal. Desde la óptica favorable a derechos colectivos, la exigencia es que se respeten los derechos de los indígenas al debido proceso, incluyendo las prerrogativas diferenciadas que garantizan su pleno acceso a la justicia y que en los casos de delitos culturalmente motivados se tomen en cuenta sus sistemas normativos. En esos casos,

³¹ Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, p. 738.

³² Código Penal Federal, artículo 59 Bis. “Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso” (adicionado por reforma publicada el 13 de enero de 1984, derogado por reforma publicada el 10 de enero de 1994).

³³ Escalante Betancourt, Yuri, *et al.*, *La experiencia del peritaje antropológico*, México, Secretaría de Desarrollo Social, Instituto Nacional Indigenista, 2002, pp. 15 y 20.

la obligatoriedad del peritaje antropológico, además de respaldar la defensa cultural del procesado, conlleva una reivindicación del derecho consuetudinario frente al derecho estatal. Valladares considera que hoy en día el objetivo prioritario de la prueba judicial antropológica no debe ser la exculpación, esta prueba “no busca inocencia como demostración para la no-sanción; no afirma la involuntariedad frente al daño causado, ni la inexperiencia del sujeto”.³⁴ Lo que esta prueba pretende es evitar la criminalización de costumbres legítimas dentro de los pueblos y sensibilizar a los operadores del sistema de justicia sobre la necesidad de tomar en cuenta la diferencia jurídica de los indígenas sometidos a un proceso penal.

Desde esta óptica favorable a los derechos colectivos, cuando un indígena comete un delito motivado culturalmente, la defensa cultural puede alegar no sólo el error de prohibición según la doctrina penal mayoritaria, sino incluso la licitud de la conducta por ejercicio legítimo de un derecho. La aplicación de los sistemas normativos es un derecho reconocido constitucional y convencionalmente. Junto a los requisitos que establece la legislación penal para la admisión de esta causa de justificación (racionalidad del medio empleado y presencia de propósito no pernicioso), en cada caso concreto debe ponderarse el derecho a la identidad cultural expresado en el derecho colectivo a aplicar la norma propia frente a los bienes vulnerados por la conducta. De acuerdo con Lachenal, esto implica “un salto cualitativo en la argumentación de defensa del indígena procesado: de combatir la culpabilidad se pasa ahora a combatir la antijuridicidad de la conducta litigiosa. La argumentación jurídica ya no se centra en las condiciones propias del individuo procesado sino en la conducta en sí misma”.³⁵

Por ejemplo, en el caso de las autoridades tradicionales que, en cumplimiento de la costumbre o por decisión de asamblea, detienen a una persona que ha transgredido el orden interno y son por ese hecho acusadas de privación ilegal de la libertad o usurpación de funciones, invocar la figura del error no es pertinente como defensa cultural. Como refiere Escalante, “las autoridades indígenas por lo general saben que sus órganos de gobierno no son reconocidos por la ley. Sus actuaciones cumplen con un mandato colectivo independientemente de que la norma sea en contrario”.³⁶ En estos

³⁴ Valladares de la Cruz, Laura R., *op. cit.*, p. 524.

³⁵ Lachenal, Cécile, *op. cit.*, p. 192.

³⁶ Escalante Betancourt, Yuri *et al.*, *La experiencia...*, *op. cit.*, p. 24.

casos, invocar el ejercicio de un derecho como causa de licitud permite reconocer la situación de pluralismo jurídico y dar al conflicto una solución ponderada entre el derecho colectivo a aplicar la norma propia y los bienes o derechos vulnerados, siempre interpretados interculturalmente. Aunque la subordinación de los sistemas normativos al derecho estatal dificulta que los órganos judiciales admitan la aplicación de esta causa de licitud, la misma constituye una mejor respuesta al problema del reconocimiento de la identidad jurídica-cultural en el ámbito del derecho penal.

En situaciones como el aprovechamiento de recursos forestales y la cacería de especies protegidas, tipificados como delitos ambientales, corresponde al peritaje antropológico mostrar a la autoridad judicial la relación entre dichas conductas y la forma de vida del pueblo indígena. En el ejemplo de la caza de tortugas e iguanas realizada tradicionalmente en diversos pueblos, Lachenal señala que estas prácticas, “desde la cosmovisión indígena responden a una razón elemental de supervivencia y a formas sociales históricamente usuales y funcionales para asegurar la vida del grupo”.³⁷ Si la actividad criminalizada es aceptada y promovida por el grupo, pero no constituye una aplicación de los sistemas normativos, resulta adecuado invocar la hipótesis del error de prohibición como defensa cultural. En todo caso, el juzgador, además de valorar si es aplicable o no esta figura, debe ponderar si la pretensión punitiva del Estado y la necesidad preventiva de la pena son de mayor relevancia que el derecho a la identidad.

La legislación penal federal incluye expresamente una excepción cultural en materia de delitos contra la salud. Anteriormente, era habitual que personas indígenas fueran acusadas de estos delitos al encontrárseles en posesión de drogas ilícitas que utilizaban para sus ceremonias tradicionales. En 2009, como parte de la reforma penal en materia de delitos contra la salud, se incluyó en el artículo 195 bis la excepción cultural correspondiente.³⁸ Esta acertada decisión respalda la tesis de que no hay necesidad preventiva de la pena cuando las expresiones culturales criminalizadas no vulneran derechos fundamentales.

En general, como se vio en el apartado anterior, el tipo de delito determina la pertinencia de la defensa cultural. Esta es improcedente en el caso de

³⁷ Lachenal, Cécile, *op. cit.*, p. 190.

³⁸ Código Penal Federal, artículo 195 bis segundo párrafo: “El Ministerio Público Federal no procederá penalmente por este delito en contra de la persona que posea: [...] II. Peyote u hongos alucinógenos, cuando por la cantidad y circunstancias del caso pueda presumirse que serán utilizados en las ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, así reconocidos por sus autoridades propias”.

agresiones contra la dignidad y los derechos de la persona. Sobre esos límites, Maureira señala que los indígenas exigen que se les reconozca “como ciudadanos que reclaman su libertad para ser quiénes son”. Para esto, el Estado “ha de reconocer la pluralidad de los supuestos culturales” y, a la vez, “tiene que establecer los límites, pues la libertad para ser quien se es limita con la de quien reclama una similar. La violencia legal encuentra justificación entonces en esta misma concreción limítrofe, consagrada en la Constitución [...] y en la doctrina de los Derechos Humanos”.³⁹ Tampoco procede la defensa cultural en aquellos delitos sancionados por los derechos consuetudinarios, como los patrimoniales, pues en estos no se presenta en realidad un conflicto normativo.

En otras situaciones, si la norma penal infringida por el indígena no tutela bienes jurídicos que son derechos fundamentales, como en los tipos que incluyen elementos normativos por los cuales la licitud o ilicitud de la conducta depende de una norma administrativa, la defensa cultural es procedente y la pretensión punitiva intercultural ha de ceder frente al mayor interés que representa el respeto al derecho a la identidad cultural.

Reiteramos que el derecho penal mexicano debe seguir incorporando la diferencia cultural de los indígenas sometidos a proceso, ya no como causa de vulnerabilidad que les hace merecedores de un trato benéfico, sino como fundamento de derechos que requieren ser respetados, como el derecho a una defensa cultural respaldada en el peritaje antropológico. Esta prueba debe incrementar su importancia, al ser el medio a través del cual los operadores jurídicos cumplen con la obligación de tomar en cuenta las normas consuetudinarias. Esto requiere de la implementación de programas de actualización y sensibilización dirigidos a los juzgadores, ya que por ahora, según señala Valladares, “los peritajes antropológicos son solicitados ‘por rutina’ o para cumplir con la normatividad, pero no porque los jueces estén convencidos de que la diferencia cultural puede ayudar a explicar un ilícito”.⁴⁰

3. JUSTICIA INDÍGENA EN MÉXICO

El tema estudiado en este artículo se encuentra evidentemente inscrito en la discusión en torno a los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas por la reforma constitucional de 2001. En concreto, se conecta con la regulación

³⁹ Maureira Pacheco, Max, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

⁴⁰ Valladares de la Cruz, Laura R., *op. cit.*, p. 532.

de los asuntos internos y la solución de conflictos mediante la aplicación de los sistemas jurídicos propios, que son dos de las funciones autonómicas que tienen derecho a desempeñar los pueblos y comunidades indígenas. Así lo establecen las fracciones I y II del apartado A del artículo 2 constitucional; los artículos 8 y 9.1 del Convenio 169;⁴¹ y el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴²

Aunque la redacción es distinta, los tres documentos coinciden en señalar dos aspectos: *a)* el reconocimiento de la existencia de derechos indígenas (llamados “sistemas normativos” en la Constitución, “costumbres” y “derecho consuetudinario” en el Convenio 169, y “sistemas jurídicos” en la Declaración de la ONU), y *b)* la existencia de límites en la aplicación de dichos sistemas jurídicos, básicamente el deber de respetar los derechos humanos.

El primer aspecto, independientemente de las diferentes denominaciones, implica constitucionalizar la situación fáctica que había sido descrita como pluralismo jurídico: coexistencia del sistema jurídico estatal y los sistemas jurídicos indígenas. La aplicación de los sistemas jurídicos indígenas queda respaldada al declararse como un derecho colectivo de los pueblos, surgiendo los correlativos deberes estatales de respetar esa práctica autonómica y de establecer el marco institucional necesario para coordinar los sistemas jurídicos indígenas con el sistema estatal.

En segundo lugar, los tres documentos coinciden en señalar la exigencia dirigida a los pueblos indígenas, de que sus sistemas jurídicos autónomos respeten los derechos humanos. Esta exigencia, que tiene su origen en la desconfianza liberal hacia los derechos colectivos, ha de interpretarse como un deber de observancia análogo al que se exige a los sistemas jurídicos estatales, que condiciona no el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas en lo

⁴¹ Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado en 1989, artículo 8.1: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Artículo 8.2: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. Artículo 9.1: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

⁴² DNUDPI, artículo 34: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

general, sino la aplicación de sus normas en lo particular, en los actos de las autoridades indígenas. De este modo, el reconocimiento del derecho a aplicar los sistemas jurídicos indígenas se da por sentado, como parte del derecho a la autonomía. Se previene, sin embargo, que su ejercicio tiene como límite los derechos individuales de las personas indígenas. Así, además de surgir un compromiso de adecuación paulatina de las normas indígenas a los derechos humanos, surge la necesidad de establecer mecanismos a través de los cuales puedan reclamarse violaciones a derechos cometidas por algún acto de autoridad indígena, similares a los que operan cuando en el ámbito jurídico estatal alguna norma o acto de autoridad lesionan derechos humanos.

Este derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus sistemas jurídicos propios para resolver conflictos internos conlleva el derecho a desempeñar funciones jurisdiccionales en el ámbito autonómico, entre ellas la represión de los delitos cometidos por sus miembros.⁴³ El ejercicio de este derecho colectivo está también sujeto al deber general de respetar los derechos humanos y los principios de la Constitución.⁴⁴ Sin embargo, esta exigencia no condiciona el reconocimiento de las jurisdicciones indígenas, ni significa que las mismas deban reproducir las normas y procedimientos estatales; esto significaría negar el derecho colectivo, que precisamente ampara la posibilidad de que los pueblos apliquen sus propios modelos jurisdiccionales, distintos al estatal. El respeto a derechos fundamentales debe alcanzarse sin renunciar a las particularidades culturales de las jurisdicciones indígenas, de modo que las garantías mínimas de un juicio justo sean acordes con el contexto cultural específico.⁴⁵ La compatibilidad entre los derechos humanos y el desempeño jurisdiccional autónomo ha de analizarse casuísticamente, atendiendo a la normativa y cosmovisión del pueblo concreto.

El ejercicio de este derecho a impartir justicia según la normativa interna de los pueblos, requiere del cumplimiento de los correlativos deberes estatales de reconocimiento de las autoridades indígenas encargadas de la función jurisdiccional autónoma, respeto a los procedimientos acordes con la normativa indígena y a las resoluciones tomadas según estos, y realización de las adecuaciones institucionales necesarias para una precisa distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales estatales y los indígenas.

⁴³ Convenio 169, artículo 9.1.

⁴⁴ Según los ya referidos artículo 2, apartado A, fracción II, de la Constitución; y artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169.

⁴⁵ Véase *Informe del Diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas en México. Estudio de caso en Oaxaca*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, pp. 44, 47 y 50.

En última instancia, la vigencia de este derecho colectivo está condicionada a que, en la práctica jurídica, las resoluciones de las autoridades indígenas sean reconocidas por las autoridades estatales. La parte final del artículo 2 constitucional, apartado A, fracción II, establece: “La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

4. COMENTARIOS CONCLUSIVOS

El reconocimiento del derecho a la identidad cultural de las minorías plantea el problema de legitimar la competencia intercultural asumida por el sistema penal de los Estados. Tres posturas han dado respuestas a esta cuestión: relativismo, universalismo y la tesis intermedia de los delitos culturalmente motivados. El relativismo penal considera que la aplicación de las normas penales de la cultura mayoritaria a las minorías es ilegítima y constituye un medio de aculturación forzada. La postura universalista afirma la existencia en todas las culturas de un derecho penal mínimo que sanciona comportamientos en contra de valores reconocidos universalmente, como la dignidad y los derechos humanos. Considera legítimo que los Estados apliquen ese derecho penal mínimo a todas las personas, independientemente de su procedencia cultural. La tesis intermedia no niega la legitimidad de la competencia penal intercultural, pero afirma que el derecho penal debe admitir excepciones debidas a la diversidad cultural en el caso de delitos culturalmente motivados.

Estos delitos se presentan cuando la conducta delictiva del sujeto es aprobada o justificada por las normas de su cultura minoritaria y en consecuencia la aplicación de la pena implica criminalizar el pluralismo cultural y normativo. Para estos casos, se propone el empleo de la defensa cultural: una estrategia procesal que busca atenuar o excluir la pena. En la aplicación de esta defensa, se ha intentado acomodar la diferencia cultural de los inculpados en las categorías de la teoría del delito como causa de imputabilidad, causa de inculpabilidad por error de prohibición, y circunstancia atenuante o eximente por falta de necesidad preventiva de la pena. La admisión de la defensa cultural depende del tipo de delito cometido y requiere ponderar el derecho a la identidad cultural que busca preservar con los bienes lesionados por el acto delictivo.

En el derecho penal mexicano, la diferencia cultural de los indígenas se considera prioritariamente una causa de vulnerabilidad. El sistema jurídico les reconoce diversos derechos complementarios del debido proceso tendientes

a garantizar su derecho de acceso a la justicia. El derecho a que se tomen en cuenta sus sistemas normativos durante el enjuiciamiento constituye el reconocimiento legislativo de un derecho a la defensa cultural. Los jueces tienen el deber de averiguar y evaluar de oficio en cada caso si se está en presencia de un delito culturalmente motivado. Para esto es imprescindible la prueba del peritaje antropológico o cultural, cuya valoración es facultad discrecional del juzgador.

La doctrina penal sitúa a la diferencia cultural en la figura del error de prohibición. Desde una óptica favorable a los derechos colectivos, la defensa cultural puede alegar la licitud por ejercicio legítimo de un derecho cuando la actividad criminalizada constituye una aplicación de los sistemas normativos reconocida constitucional y convencionalmente. En cada caso, debe ponderarse el derecho a la identidad cultural expresado en el derecho colectivo a aplicar la norma propia frente a los bienes o derechos vulnerados, siempre interpretados interculturalmente.

Los derechos de los indígenas deben consolidarse en futuras reformas legislativas, no como sucedió con la amplia reforma al sistema procesal penal en 2008, de la cual fueron en realidad excluidos. En este paulatino reconocimiento de la diferencia cultural en el ámbito del derecho penal, el gran tema pendiente es el cabal reconocimiento de la diferencia jurídica de los indígenas, es decir, del pluralismo jurídico penal, en concordancia con los derechos colectivos de los pueblos.