



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONÍA PERUANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**ENCARCELAMIENTO DE INDÍGENAS Y LOS CRITERIOS
JURÍDICOS ADOPTADOS POR LOS MAGISTRADOS DE LA
REGIÓN LORETO EN EL MARCO DEL DERECHO
INTERNACIONAL.**

PRESENTADO POR:

Bachiller. ESAÚ KUJI CHIMPA

ASESOR:

ABOG. RAÚL QUEVEDO GUEVARA

IQUITOS – PERÚ.

2015

DEDICATORIA

A mi familia: mis padres por su ayuda moral y económica, por su comprensión incondicional; a mi pueblo Awajun así como a los demás pueblos indígenas de la región Loreto que me inspiraron y motivaron en mi desarrollo profesional y a todas aquellas personas que me inculcaron el deseo de superación y fortalecieron mis valores y me han brindado su apoyo y lealtad.

A mis maestros, y otros catedráticos quienes me enseñaron y me mostraron el mundo del derecho, sin importar de qué clase social provengo, a ellos que continuaron depositando su esperanza en mí.

A todos ellos esta dedicatoria, pues son los que me motivaron para escribir y concluir esta tesis.

AGRADECIMIENTO

A, Dios.

A mi asesor Abog. Raúl Quevedo Guevara, por sus valiosos conocimientos, por guiarme durante todo el proceso de elaboración de la tesis y sobre todo por su apoyo incondicional que permitieron el logro del presente trabajo.

A mi amigo Ccoa Mamani, Vidal por sus alcances y sugerencias para la elaboración y validación del contenido del instrumento; del mismo modo al Magdo. Aldo Nervo Atarama Lonzoy, Presidente del Distrito Judicial de Loreto, por su apoyo incondicional, por su tiempo, por cada uno de sus consejos, fruto de todo ello la presente tesis que me abrirá las puertas del porvenir.

ÍNDICE

Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Índice	iii
Resumen	vii
Introducción	viii

Capítulo I: Planteamiento del Problema

1.1	Descripción del Problema	10
1.2	Pregunta de Investigación	15
1.3	Justificación de la Investigación	16
1.4	Objetivo de la Investigación	18
1.5	Limitaciones	19

Capítulo II: Marco Teórico

2.1.	Antecedentes de la Investigación	20
2.2.	Política penal penitenciaria y la privación de la libertad	22
2.2.1.	Definición de encarcelamiento.	23
2.2.2.	La pena como última ratio.	26
2.2.3.	Prisión preventiva.	29
2.2.4.	Función de la pena.	30
2.3.	Función de la pena en la legislación peruana.	32
2.3.1.	Cárcel y penitenciaria.	34
2.3.2.	Las cárceles.	34
2.3.3.	Penitenciarias.	34
2.4.	Historia universal de la prisión como pena.	35

2.4.1. Periodo primitivo y edad antigua.	35
2.4.2. Edad media.	36
2.4.3. Edad moderna.	37
2.4.4. Edad contemporánea.	39
2.5. Historia de la prisión como pena en el Perú.	41
2.5.1. Principios del derecho penal limitadores del ius puniendi.	41
2.5.2. Clases de pena en el Código Penal Peruano.	42
2.5.2.1. Pena privativa de libertad.	44
2.5.2.2. Penas restrictivas de la libertad.	45
2.5.2.3. Penas limitativas de derechos.	46
2.5.2.4. Multa.	49
2.6. Determinación y aplicación de la pena.	50
2.6.1. Los fundamentos constitucional y legal.	52
2.6.2. La fundamentación y la determinación de la pena en sentido amplio. Alcances del art. 45.	53
2.6.3. La determinación de la pena en sentido estricto y el art. 46°	58
2.7. Aplicación de la pena estatal en un estado de carácter pluricultural.	64
2.7.1. Los pueblos indígenas.	67
2.7.1.1. En el Perú.	69
2.7.1.2. En la región Loreto.	72
2.7.2. Derechos de los pueblos indígenas en el Perú.	73
2.7.2.1. Aspectos históricos	73
2.7.3. Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros.	77
2.7.3.1. Aspectos generales	77
2.7.3.2. Definición de los derechos humanos.	78
2.7.3.3. Los tratados internacionales.	79
2.7.3.4. El convenio 169 de la oit y su definición.	81
2.7.3.5. Carácter vinculante del convenio 169 de la OIT.	82
2.7.3.6. Rango constitucional del convenio 169 de la OIT según el tribunal constitucional del Perú.	84
2.7.4. El control de convencionalidad.	85
2.7.4.1. Definición del control de convencionalidad	86
2.7.4.2. Manifestaciones del control de convencionalidad.	88

2.7.5. Derecho de los indígenas ante la Justicia Estatal Ordinaria. ____	88
2.7.5.1 análisis del artículo 8° del convenio 169 de la OIT. ____	90
2.7.5.2. Análisis del artículo 9° de convenio 169 de la OIT. ____	95
2.7.5.3. Análisis del artículo 10° del convenio 169 de la OIT. __	99
2.7.6. Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Estado. _____	102
2.7.6.1. Reconocimiento constitucional del rol del estado como garante de los derechos de los pueblos indígenas. ____	105
2.7.6.2. Reconocimiento constitucional de la diferencia cultural en el Perú. _____	106
2.7.6.3. Reconocimiento de la diferencia cultural por el derecho penal. _____	108
2.7.6.4. Derechos “procesales” de los pueblos indígenas cuando son procesados en la justicia estatal ordinaria. ____	109
2.8. Juzgamiento penal de indígenas en sistemas occidentales en la legislación comparada latinoamericana. _____	114
2.8.1. América del norte: México. _____	115
2.8.2. Centroamérica y américa del sur. _____	117
2.8.2.1. Guatemala. _____	117
2.8.2.2. Colombia. _____	119
2.8.2.3. Ecuador. _____	121
2.8.2.4. Perú. _____	123
2.8.2.5. Bolivia. _____	124
2.8.2.6. Chile. _____	125
2.9. Tratos a los indígenas brindados en la Corte Superior de Justicia de Loreto. _____	126
2.10. Hipótesis _____	130
2.11. Variables _____	130
2.12. Siglas y términos básicos _____	132

Capítulo III: Metodología

3.1.	Enfoque de investigación _____	137
3.2.	Tipo de investigación _____	137
3.3.	Diseño de investigación _____	139
3.4.	Población y Muestra _____	140
3.4.1.	Criterios de exclusión y de inclusión _____	141
3.5.	Tipo de Muestra _____	142
3.6.	Procedimientos, técnicas e instrumentos de recolección de datos _____	143
3.6.1.	Procedimiento de recolección de Datos. _____	143
3.6.2.	Técnicas de recolección de datos. _____	144
3.6.3.	Instrumentos de recolección de datos. _____	144
3.4.4.	Fuentes de recolección de datos. _____	144
3.4.5.	Procesamiento de información. _____	145

Capítulo IV: Análisis y resultados

Análisis y Resultados _____	146
Análisis de los casos donde se decidió encarcelar a los miembros de los pueblos indígenas de la región Loreto. _____	147
Análisis e interpretación de la encuesta aplicada a abogados en la provincia de Maynas- Iquitos. _____	158
Conclusiones y Recomendaciones _____	168
Referencias Bibliográficas _____	172
Anexo _____	176

RESUMEN

El objetivo de nuestra investigación es investigar los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional que, como resultado de la administración de justicia, encarcelaron a los indígenas, sin tener en cuenta los tratados internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, ratificados por el Perú que son de obligatorio cumplimiento.

El presente trabajo, de encarcelamiento de indígenas y los criterios jurídicos que adoptaron los magistrados de la región Loreto en el marco del Derecho Internacional, es una investigación cualitativa, porque a través de ello se busca comprender la realidad de un contexto que ha sido poco explorado o no se ha hecho investigación al respecto.

La muestra del presente estudio ha estado compuesta por las resoluciones emitidas por los magistrados de la región Loreto sobre los delitos que cometieron los miembros de los Pueblos Indígenas, donde pudimos desarrollar un análisis a profundidad de cada caso-tipo (sentencias), posteriormente inducimos categorías, que sirvieron para desarrollar nuestra teoría.

De igual manera, con los resultados obtenidos pudimos conocer que los criterios que adoptan los magistrados de la región Loreto, para sancionar a los indígenas con la pena de encarcelamiento, son los criterios ya establecidos desde el punto de vista de la cultura occidental, omitiendo de esta manera de las normas internacionales y de las demás normas, así como como de las costumbres indígenas de la región Loreto.

Finalmente podemos manifestar que, los jueces al imponer sanciones a los indígenas, deben aplicar sanciones distintas al encarcelamiento, siempre tomando en cuenta las costumbres e interpretando las normas del derecho interno conforme manda los tratados internacionales y la IV disposición final transitoria de nuestra carta magna.

INTRODUCCIÓN.

El uso de la cárcel como pena privativa de la libertad es en la actualidad el medio más utilizado para prevenir el delito, proteger a la sociedad contra el crimen y reinserir a los delincuentes. La utilización de la misma, no respeta fronteras, nivel de desarrollo económico o sistema político, se aplica lo mismo en Haití que en los Estados Unidos bajo la misma premisa, readaptar al delincuente. Lo que varía, son las condiciones específicas en las que llevan a cabo la readaptación de los presos, en la mayoría de los casos determinada por el nivel de desarrollo del país.

La situación en nuestra región Loreto es parecida a la de países con el mismo nivel económico de pobreza, más de las 800 personas que se encuentran recluidos en el centro penitenciario San Jacinto de Iquitos sentenciadas y por prisión preventiva, se encuentran en una situación de sobrepoblación y hacinamiento. Algunas de ellas que, se hallan privados de libertad se encuentran en condiciones mínimas de respeto a los derechos humanos de los internos, lo que impacta de forma negativa en su reinserción social. Rodríguez Delgado (1999) señala que “a pesar del fracaso indiscutible de la prisión en sus objetivos planteados, la tendencia a hacer uso de la cárcel se incrementa en el tiempo, el Estado responde con políticas de incremento en infraestructura carcelaria para albergar a más población lo que ocasiona mayor gasto público” (capítulo primero y ss.)¹.

En este sentido, el presente estudio analiza sobre cómo llegaron a parar a las cárceles miembros de pueblos indígenas a pesar de tener derechos muy especiales. En el capítulo uno se hace un planteamiento del problema para responder más adelante en el desarrollo de la investigación. En el capítulo dos se desarrolla el marco teórico sobre los conceptos básicos de la prisión y su aplicación en nuestro país que cuenta con pueblos indígenas que lo caracteriza como un país pluricultural.

¹ Rodríguez Delgado Julio A. (1999). Capítulo Primero del libro “La reparación como sanción jurídico-penal”, publicado en Editorial San Marcos, Lima.

En el capítulo tres se estudian el marco metodológico, donde damos a conocer como se desarrolló la presente investigación. También se analiza las sentencias donde se decide poner en prisión a los miembros de los pueblos indígenas de la región Loreto. En el capítulo cuatro se demuestra los resultados de la investigación, el nivel de eficiencia, considerándola como la relación entre los recursos humanos utilizados y los resultados logrados durante el desarrollo de la misma, se hace uso de la base de datos de la entrevistas. En el último capítulo se hacen propuestas y conclusión sobre el trabajo, se pone de manifiesto la necesidad de hacer realmente eficiente la finalidad de una sentencia, lo que se puede lograr con iniciativas para desencarcelar, convirtiendo los beneficios penitenciarios en derechos de los presos, conteniendo nuevos ingresos e invirtiendo en programas focalizados, por otra parte, es importante enfatizar que el problema de la prisión se debe resolver en el exterior, donde está la materia que la reproduce, poner a la justicia y la ética por encima de intereses particulares.

Las cárceles peruanas se caracterizan por el hacinamiento, y una de ellas es la cárcel san Jacinto de Iquitos, donde se presenta el imperio de la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios peruanos, dentro de ellas encontramos a los miembros de los pueblos indígenas de la región Loreto, donde se les restringieron y se les negaron sus derechos fundamentales, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo, etc.

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA.

Nuestro sistema jurídico, proviene del “Sistema Jurídico Grecorromano o Continental y desde una concepción positivista, existente en gran parte de Europa Occidental y en América Latina, sin embargo, existen también además de éste, otros sistemas como el anglosajón llamado “*Common law*”, que opera en los países de habla inglesa” (Sánchez Cordero, 2010, pág. 21 y ss)².

Esto denota la existencia de una pluralidad de instituciones jurídicas, que se encargan de reprimir los delitos que cometen los sujetos que delinquen y ponen orden en la sociedad, con la finalidad de perseguir la paz y la justicia social. En el Perú, durante la Colonia, se implementó el modelo grecorromano o cristiano, modelo que había adoptado España, sin considerar la existencia de los diferentes sistemas que prevalecieron antes de la llegada de los conquistadores³.

Sin embargo a lo largo de los años de vigencia en nuestro país, éste sistema, ha dejado ver las divergencias que surgen cuando colisiona con las costumbres indígenas así como los sistemas de administración de justicia consuetudinaria que adoptaron los distintos pueblos originarios que habitan el territorio nacional.

En efecto muchas veces la Justicia Nacional, deja de lado la idiosincrasia de los pueblos originarios, su cultura, costumbres, a la hora de administrar justicia a sus miembros. Por tanto, en la práctica este sistema occidental impera principalmente en las capitales departamentales y distritales del país, se manifiesta con mucho arraigo en estas jurisdicciones, disminuyendo su

² Sánchez Cordero J (Coord.). (2010). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México: Monterrey.

³ Ídem.

rango de alcance casi en su totalidad al adentrarse a territorios habitados por los pueblos indígenas.

A pesar de que “organismos internacionales como, la Organización de las Naciones Unidas, consiente sobre estos tipos de problemáticas y para hacer frente a esta desigualdad, reconoció por primera vez la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y tribales en el convenio 169 de la OIT, para que sea aplicada para los países que firmaron, esto no ha sido respetado por tribunales de justicia” (Proyecto de la OIT para la Promoción del Convenio núm. 169 y el Equipo de Igualdad del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, 2009, pág. 6 y ss.)⁴. En el caso del Perú y en especial en la región Loreto esto se omite de manera nugatoria para su aplicación. “Este convenio internacional ha sido ratificado por nuestro país el 02 de febrero de 1994” (Astorga Philippon, 2012, pág. 211 y ss.)⁵.

En este Convenio Internacional N° 169 de la OIT, se señala, “los criterios que deben aplicar y cumplir obligatoriamente los tribunales de justicia de los países que lo ratificaron y; dentro de lo normado en este convenio encontramos artículos que están referidos a sanciones penales, que por tribunales deben ser tomados en consideración cuando se encuentren frente a un caso que involucre a un miembro de una comunidad indígena. Nos referimos a los artículos 08, 09° y 10° del Convenio 169, referido a la imposición de sanciones penales distintas al encarcelamiento” (PPCEIDNIT, 2009, pág. 10 y ss.)⁶.

No obstante, la realidad en nuestra región Loreto es otra, puesto que, en muchos procesos judiciales, que involucraron a miembros de comunidades indígenas, no se tomaron en cuenta las condiciones y criterios, que señalan

⁴ Agencia Española Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca (DANIDA) (2009). *La Aplicación del Convenio núm. 169 por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina*. Ginebra: OIT.

⁵ Astorga Philippon A. (2012). *El Sector Hidrocarburos, Consulta Previa y Estabilidad Jurídica*. Perú: Lima.

⁶ AECID y DANIDA (2009). *La Aplicación del Convenio núm. 169 por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina*. Ginebra: OIT.

los artículos 08°, 09° y 10° del Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana de derechos Humanos, por lo que se emitieron resoluciones, en las que se ha privado de la libertad a estos miembros, puesto han sido juzgados como ciudadanos comunes y corrientes, vulnerándose sus derechos reconocido internacionalmente por la Comunidad Internacional plasmados en el Convenio 169 de la OIT y el debido proceso que ha todo ser humano como persona les ampara.

Nuestro país cuenta con una población de 30 millones 814 mil 157 (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2014, datos actuales. <http://actualidad/inei-poblacion-peruana-asciende-30814175-habitantes>.)⁷, de los cuales, ocho millones de personas son indígenas⁸. Actualmente el Ministerio de Cultura ha señalado que los pueblos reconocidos por esta cartera ministerial bordean alrededor de 54 pueblos indígenas (Ministerio de cultura, 2014)⁹. Esto evidencia la otra cara de la realidad nacional, mostrando un escenario heterogéneo y la existencia de los pueblos, costumbres, jurisdicciones y lenguas propias en sus comunidades, cuyo derechos se encuentran plenamente reconocidos por nuestra Constitución, en los Tratados Internacionales como el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración Universal de Derechos sobre Pueblos Indígenas y entre normas de menor jerarquía.

Muchos pueblos originarios como el Awajun o llamado aguaruna, no comparten sobre el procedimiento de administración de justicia que realizan los operadores del Sistema Jurídico Penal Nacional y con las sanciones que imponen sobre los miembros de su comunidad, por considerar que la norma penal nacional sólo persigue privar y restringir la libertad sobre ellos (Mudarra Taki, 2014, Apu del Pueblo awajun del Datem del Maraón)¹⁰.

Para el Pueblo Awajun la norma penal nacional no solo es incompatible a las sanciones que imponen a sus miembros, sino que además las sanciones

⁷ www.inei.gob.pe

⁸ Ídem.

⁹ www.cultura.gob.pe/lista-de-pueblos-indigenas.

¹⁰ Marcial Mudarra Taki (Coord. CORPI SL), (2014). Comunicación Personal.

penales que imponen los magistrados de la región Loreto no están adecuados a la propia realidad que difiere drásticamente de la realidad occidental, ya que para la aplicación de las sanciones a sus miembros, las autoridades del pueblo awajun, recurren a sus métodos tradicionales con el que reprimen los delitos cometidos dentro de su entorno, sin restringir o privar la libertad de sus miembros, ya sea durante meses o años. Con respecto a ello el Tribunal Constitucional (2009) reconoció que “el Convenio 169 tiene rango constitucional” (pág. 10)¹¹, dando a entender que los artículos 8°, 9° y 10° del Convenio aparte de ser normas son directrices, que tienen que ser tomados en cuenta por los operadores justicia.

Sin embargo a pesar que nuestro país en su Código Penal de 1924 en su artículo 44¹² reconocía la existencia de marcadas diferencias entre los habitantes del Perú y sobre las aplicaciones de las penas, aunque en un concepto discriminatorio y de inferioridad hacia los pueblos indígenas, el cual estuvo vigente hasta 1991¹³, en nuestra región solo se siguió de manera tradicional. Tal es así que desde la creación del poder judicial con sede en Loreto, el 06 de octubre de 1906 mediante Ley N° 230¹⁴, existen registros de encarcelamiento de manera crónica de muchos indígenas que fueron encarcelados bajo la normativa de la ley ordinaria, por no cumplir con las expectativas de los varones del caucho, de los cuales muchos miembros de los pueblos indígenas perdieron la vida dentro de las cárceles, ya sea a

¹¹ STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama.

¹² De esta manera, el artículo 44 del Código Penal de 1924, señalaba, en relación a los indígenas amazónicos: Artículo 44: Tratándose de delitos cometidos por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su situación especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de 20 años. Cumplidos los dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiera sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los 20 años. Un reglamento del Poder Ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país.

¹³ Código Penal Decreto Legislativo N° 635: Exposición de Motivos. Antecedentes. Promulgado: 03-04-91. Publicado : 08-04-91

¹⁴http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Corte+Superior+Loreto+PJ/s_corte_superior_loreto.

torturas crueles que eran sometidas y los únicos, que lograban sobrevivir a las penas sometidas, al salir se convertían nuevamente esclavos del caucho¹⁵.

Atarama Lonzo (2012) sostiene, que “en la actualidad existe en nuestra región miembros de los pueblos indígenas que siguen encarcelados, y que es real que en nuestro Distrito Judicial hay varios indígenas que han sido sancionados con altísimas penas privativas de libertad” (pág. 6 y ss.)¹⁶. Aquí podemos ver, que los criterios utilizados por los magistrados para juzgarlos han sido los criterios ordinarios, a pesar de que en el Convenio 107 y 169 de la OIT en su artículo 10 incisos 1, 2 y 3 ya se regulaba sobre la forma como se deberían ser juzgados los miembros de los pueblos indígenas¹⁷.

En Loreto se han seguido encarcelando a los indígenas bajo los mismos criterios del derecho ordinario, es decir del sistema jurídico occidental. Sin embargo recién en el año 2008, después de los sangrientos hechos sucedidos en Andoas, etc., los jueces de la sala penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto, han aplicado el artículo 8°, 9° y 10° del convenio 169 de la OIT¹⁸.

¹⁵ Benjamín Saldaña (2009). *Historia Indígenas Amazonía en la Época del Caucho*. Comentario por Fernando Nájjar. Publicado: 15 abril 2009.

¹⁶ Atarama Lonzo, A. N. *Sobre Una Justicia Comunal y Administración de Justicia/ una Visión Empírica de Nuestra Diversidad Cultural*. Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Loreto Editora “la Región”. Publicado agosto del 2011.

¹⁷ Artículo 10 del Convenio 107 de la OIT: 1). Las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión deberán ser objeto de protección especial contra la aplicación abusiva de la detención preventiva y deberán contar efectivamente con recursos legales que las amparen contra todo acto que viole sus derechos fundamentales; 2). Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones; 3). Deberán emplearse métodos de readaptación de preferencia al encarcelamiento.

¹⁸ EXP: 2008-00109-0-1903-SP-PE-2.- ASPECTOS RELEVANTES. En este extremo el Colegiado considera necesario señalar los aspectos relevantes a tenerse en cuenta al resolver la presente causa: I. Convenio N° 169 OIT Relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En atención al hecho que los procesados pertenecen a las comunidades nativas Achuar y Quichua en Andoas, o han sido asimilados por ellas, corresponde aplicar el Convenio N° 169 de la OIT [en adelante el Convenio], tal como específicamente establece el artículo 1 del mismo “ARTICULO 1.- 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. El Convenio contiene un conjunto de principios y disposiciones que resultan especialmente relevantes en el presente proceso. Así, el artículo 8 inciso 1 señala

Mediante la presente Investigación abordaremos los problemas que se tejen alrededor de la aplicación del Convenio 169 y responderemos a preguntas como estas: ¿Cuáles han sido los criterios jurídicos que adoptaron los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional, para encarcelar a los indígenas? y ¿Cuáles son las sanciones distintas al encarcelamiento a las que se refiere el Art. 10° inciso 2° del Convenio 169?

1.2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. PROBLEMA GENERAL.

¿Cuáles han sido los criterios jurídicos que adoptaron los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional, para encarcelar a los indígenas?

1.2.2. PROBLEMA ESPECÍFICO.

- i. ¿Los operadores jurídicos de la administración de justicia ordinaria conocen los alcances de las norma internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros al momento de resolver un conflicto relevancia jurídica?
- ii. ¿Cuál ha sido el motivo para que los jueces de la región Loreto se aparten y hagan omiso la aplicación de las normas internacionales sobre los pueblos indígenas, para imponer la pena de encarcelamiento?

“ARTICULO 8.- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Igualmente, en el artículo 9 inciso 2 se dispone “ARTICULO 9.-... 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. Del mismo modo, en el artículo 10 se preceptúa “ARTICULO 10.- 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

- iii. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las normas internacionales, así como del convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú?
- iv. ¿Cuáles son las sanciones distintas al encarcelamiento a las que se refiere el Art. 10° inciso 2° del Convenio 169?
- v. En los casos de indígenas que se ha presentado, ¿cuántos indígenas han sido encarcelados en la región Loreto?

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Justificación Teórica.

La justificación teórica del futuro estudio parte de la necesidad de proteger los derechos de los pueblos originarios, reconocidos por el Derecho Internacional, jurisprudencias y entre otras normas relacionadas sobre estos miembros, por lo que se hace necesario e imprescindible conocer como se viene aplicando en nuestra región Loreto dichos presupuestos legales. Este es una investigación que busca mantener un correcto nivel académico y pedagógico, desechando la superficialidad en el trato de los aspectos intrincados o controvertidos en el asunto. Con ese sentido se emplea definiciones más prácticas y fáciles de comprender. Así pues, entender cabalmente el derecho de los pueblos indígenas, exige una cierta sensibilidad para relacionar asuntos generales de la teoría del derecho y la democracia, con aspectos de cultura y la historia. Ese es nuestro estudio mediante el análisis del material jurídico y cinco casos donde miembros de los pueblos indígenas tuvieron que ser internados en el centro penitenciario de Iquitos. De esa manera profundizar nuestro conocimiento sobre los criterios que toman en cuenta los jueces de nuestra región a la hora de sancionar a miembros de las comunidades indígenas.

1.3.2. Justificación Jurídica.

Las razones que se emplean para justificarlos los problemas que se derivan y las practicas que se desprenden, son los elementos que componen la doctrina del derecho de los pueblos indígenas. Las características de la sociedad peruana como un conjunto que se define tanto por sus similitudes como por sus contradicciones no son el tema ni el propósito de estudio en la presente investigación. La protección de los derechos fundamentales de la persona es un tema de gran trascendencia y de vital importancia en especial cuando se refiere a la restricción del derecho a la libertad de la persona humana y sobre todo cuando se trata de un miembro de un Pueblo Indígena.

En ese sentido, desde el enfoque jurídico, consideramos que el futuro estudio es importante, en la medida en que nos permitirá realizar un análisis de nuestras normas penales nacionales así como de la normas internacionales, que protegen los derechos de los pueblos indígenas sobre todo cuando se tratan de las sanciones penales distintas al encarcelamiento que se deben aplicar a estos miembros cuando cometen delito. Así pues, nos referimos a los pueblos indígenas como aquellos sujetos de derechos, que poseen un derecho típico y exclusivo, a los cuales les corresponde una categoría jurídica particular y preciso.

1.2.3. Justificación Práctica.

En nuestra región Loreto contemporáneo el derecho de los pueblos indígenas carece de interés jurídico y político, por lo general los medios de comunicación de masas, los grandes grupos de ciencias, el arte, la literatura, el gobierno, la educación misma, las normas oficiales le niegan a ese derecho un rol central en la democracia peruana. Muchos derechos se consiguieron desde el punto histórico a base de luchas contra el sistema burocrático y otras por presiones

políticas y de Organismos No Gubernamentales (ONGs), aboliéndose de esta manera la esclavitud, donde se restringían el derecho a la libertad.

Hoy en día aunque no estemos en esa época existen aún un gran sector de la población como los pueblos indígenas, que no se les ha dado la oportunidad de participar en política y jamás se ha tomado en cuenta su opinión, sometiéndoles de esa manera a prácticas contrarias a su *modus viventi*, todos aspiramos vivir en un ambiente de paz, con igualdad de derechos y con tener la oportunidad en las decisiones del futuro de nuestro país, derechos que en la práctica se debe de reflejar los discursos que se manifiestan considerándonos como un país pluricultural y así tratar de ser un país justo.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo General.

Investigar los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional que, como resultado de la administración de justicia, ocasionaron el encarcelamiento de los indígenas.

1.4.2. Objetivos Específicos.

- i. Analizar si los operadores jurídicos de la administración de justicia ordinaria conocen los alcances de las normas internacionales que protegen los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros.

- ii. Determinar las posibles causas que motivaron a los jueces para apartarse de las normas internacionales sobre los pueblos indígenas, para luego imponer la sanción de encarcelamiento.
- iii. Analizar la naturaleza jurídica y su obligatoriedad de las normas internacionales, como el convenio internacional N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales.
- iv. Identificar los diferentes casos en los que estuvieron inmersos miembros de comunidades indígenas de nuestra región Loreto, a fin de conocer el tratamiento legal que se dio a cada uno de ellos.
- v. Proponer alternativas de sanciones distintas al encarcelamiento sobre miembros de los pueblos indígenas, a fin de que el Sistema Judicial sea eficaz y cumpla su finalidad.

1.5. ALCANCES Y LIMITACIONES

El futuro trabajo de investigación se centrará en el estudio de las decisiones que adoptaron los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto, a la hora de fundamentar sus resoluciones, mediante las cuales ordenaron la privación de libertad a miembros de los Pueblos Indígenas de Loreto, que presuntamente, incurrieron en hechos punibles, por lo que revisaremos algunas sentencias que tuvieron que ver con los miembros de los pueblos indígenas.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

El presente trabajo de investigación se basa en un estudio jurídico, crítico y doctrinario sobre el encarcelamiento de indígenas y los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional.

El tema de encarcelamiento de indígenas a nivel regional no existe investigación alguna, por lo que en busca de antecedentes de la presente investigación, realizamos una búsqueda exhaustiva y minuciosa sobre el tema, en diferentes universidades de las Ciudades de Iquitos, Pucallpa y de Lima a fin de encontrar trabajos relacionado al fondo, sin embargo nos encontramos con libros como de John Gitlitz - Parte I (2013) "Administrando justicia al margen del Estado. Las Rondas Campesinas de Cajamarca¹⁹", Juan Carlos Ruiz Molleda (2014) "la Consulta Previa", y revista como del Dr. Aldo Atarama Lonzo (2012) sobre "Justicia Comunal Indígena", así como éstos encontramos temas relacionados al cosmovisión indígena, lo cual han dado un panorama general sobre la materia indígena.

A nivel de la región de Latinoamérica, nos encontramos con trabajos, que guarda alguna semejanza con el tema que tratamos en la presente investigación. El primero para el grado de maestría, es la tesis de Vivar Álvarez J, C y Santos Boloña L, F (2011): "Justicia Indígena y su Aplicación en el Ecuador²⁰", el segundo, para optar el Título de abogado, es la tesis de Soria Soria (2012) "La Declinación de Competencia con Relación a la Justicia Indígena frente al Procedimiento Penal Ecuatoriano²¹" y finalmente con una

¹⁹Gitlitz J. (2013). *Administrando justicia al margen del Estado. Las Rondas Campesinas de Cajamarca*. Publicado por el Instituto de Estudio Jurídica. Lima-Perú.

²⁰ Vivar Álvarez Juan Carlos; Santos Boloña Luis Felipe. *Justicia Indígena y su Aplicación en el Ecuador. Especialización en derecho procesal*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2011.

²¹ Soria Soria Polo Rene, (2012). *La Declinación de Competencia con Relación a la Justicia Indígena frente al Procedimiento Penal Ecuatoriano*. Universidad Estatal de Bolívar facultad de jurisprudencia, ciencias sociales y políticas escuela de derecho. Guaranda: Ecuador.

revista jurídica de Ariza y Zambrano (2012), titulada: “Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia²²”, que tratan sobre los derechos de los pueblos indígenas y de su sistema de justicia, lo que demuestra la importancia que tiene este tema a nivel global y la urgente reforma dentro del Sistema Jurídico Penal Nacional.

En tal sentido reafirmamos que a Nivel Nacional, no existe ningún trabajo de investigación a nivel de grado, directamente relacionado con el tema a tratar, ni mucho menos en nuestra Región Loreto, existiendo solo materias relacionadas a la historia, a la vivencia, su sistema de justicia, aplicabilidad del convenio y muchos temas relacionados a los derechos que los asiste a los pueblos indígenas y a sus miembros.

El Perú como un país pluricultural y multiétnico cuenta con una región más extensa y con característica única que a las demás regiones, que es Loreto, que alberga mayor pluralidad de los pueblos indígenas, cuyo reconocimiento se encuentra en el Ministerio de Cultura y en el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. Esta región vive un proceso muy importante en cuanto a la práctica de una justicia intercultural y al reconocimiento del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo no hay una investigación sobre cómo deben ser juzgados los indígenas, y sobre la correcta utilización de los protocolos que se han establecidos, que coadyuven guiar la correcta aplicación del derecho internacional y nacionales relacionados a los indígenas.

Este vacío sobre el estudio del tema en particular que tratamos, nos permite afirmar con modestia que, la presente investigación es inédita, ya que se ha escrito mucho sobre los pueblos indígenas, pero se conoce muy poco sobre la tratativa jurídico penal a miembros de los pueblos indígenas por nuestro sistema jurisdiccional penal ordinario.

²² Ariza Libardo José y Zambrano Coral Rolando. (Nov. 2012). *Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.

2.2. POLÍTICA PENAL PENITENCIARIA Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

En los últimos años han sido expedidas distintas normas dirigidas a sancionar con mayor rigidez una serie de conductas delictivas. Ello ha implicado el ingreso de un número siempre mayor de internos a las cárceles, y una más larga permanencia en ellas.

Perú es un Estado Social de Derecho y democrático, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43° de la Constitución Política de 1993. Como tal, la función del Estado Peruano es la de servir a la comunidad y garantizar la observancia y cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la carta Política. En virtud de lo anterior, las autoridades deben proteger a todas las personas que ocupan el territorio peruano en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades que nuestra carta magna reconoce, teniendo como base jurídica lo establecido en el artículo 1°, 44°, 55° y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política.

La pena, entonces, es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho. “La pena existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social” (Cárdenas Ruíz, 2012, pág. 12.)²³. “Aplicar una pena implica disminuir la capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos que se anula totalmente. La pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre -su libertad- pero, esto sólo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo” (Arias Torres y L, M, 2000, pág. 71)²⁴. Finalmente, debemos

²³ Cárdenas Ruiz, Marco (2012). *Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal*. Derecho & Cambio Social, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>.

²⁴ Arias Torres B y L M (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Santa Rosa. Perú.

reflexionar que el legislador no debe de ver en las normas penales como la única solución a los conflictos sociales, así como tampoco puede creer que a través del derecho penal se vayan a terminar con los grandes males nacionales. Esa ha sido una de las razones del porque la sanción penal ha dejado de cumplir con las finalidades contempladas en el Código Penal. Lo que ha incrementado los niveles de inseguridad ciudadana, incidiendo en la política criminal de nuestro Estado que es rediseñada constantemente por la opinión pública y los medios de comunicación, perdiéndose el verdadero sentido de la pena y su función social.

2.2.1. DEFINICIÓN DE ENCARCELAMIENTO.

El término de “*encarcelamiento*” permite referir la reclusión de un individuo en prisión, que se presume o se comprobó que ha cometido en delito.

Cuando una persona comete un delito y es encontrado culpable, o la justicia considera que lo ha cometido a partir de una serie de pruebas, para evitar que se escape o que entorpezca la investigación, es privado de su libertad y enviado a prisión, es decir, es encarcelado, ésta figura jurídica es denominado *prisión preventiva*.

La prisión, también llamada cárcel, es un establecimiento estatal que integra el sistema de justicia de la nación y está destinado a la reclusión de los delincuentes para que cumplan la condena a la que fueron sentenciados por un tribunal.

Como consecuencia de la peligrosidad que revisten las personas allí alojadas y cumpliendo el objetivo de privación de la libertad es que la prisión es un lugar que dispone de extrema seguridad y aislamiento y

de la cual no podrán salir los detenidos hasta que cumplan su sentencia²⁵.

Los objetivos que persigue el encarcelamiento de un delincuente son varios y los detallaremos a continuación: aislar y separar a aquellos individuos que implican un riesgo, por las acciones que cometen, para la armonía de la comunidad, castigar a quien cometió una falta, actuar como elemento disuasivo para otros individuos, y reeducar al preso a través de diversas actividades para que cuando recupere la libertad no vuelva a delinquir.

Es habitual que en las cárceles, los presos, puedan aprender a desplegar diversos oficios y hasta cursar carreras universitarias que les pueden servir para desempeñar una profesión una vez fuera de la prisión.

Cabe destacarse que en algunos casos específicos la cárcel no logra los cometidos mencionados y la persona no consigue reinsertarse de otra manera a la sociedad. En tanto, en esta cuestión tienen mucho que ver las condiciones carcelarias que vive el preso. Muchas veces “en las mismas cárceles se promueve la comisión de delitos y por ende resulta difícil disuadir al preso para que cambie de mentalidad o modo de actuar”²⁶.

Permítanme recordarle cómo hemos llegado a tener el sistema de prisiones que hoy tenemos. Éste encuentra su génesis en América del Norte y Europa occidental a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX. La prisión existía, en esa época, como un lugar de confinamiento donde los acusados esperaban juicio o los convictos eran mantenidos hasta que su deuda era saldada, o para su ejecución o su transporte; era en extremo raro que la gente fuese realmente

²⁵ ABC. *La Prisión como y la Privación de la Libertad*. (2012). <http://www.definicionabc.com/derecho/encarcelamiento.php#ixzz3T2BrvDzD>.

²⁶ Ídem.

sentenciada por un tribunal a un periodo de prisión. A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX los individuos afectados empezaron a llamar la atención sobre las terribles condiciones que existía en algunas de las prisiones de Europa y Norteamérica, algunas de las cuales eran administradas por autoridades locales y otras privadamente. Poco a poco las condiciones de muchos de estos lugares de detención empezaron a mejorar y tales sitios comenzaron a ser objeto de inspección externa; las personas a cargo de las prisiones se volvieron más profesionales en su actitud y en su trabajo.

Una de las consecuencias inesperadas de estos cambios fue que los tribunales comenzaron a usar más la prisión, enviado a los ofensores directamente a ésta como castigo. Así, el número de hombres y mujeres en prisión comenzó a aumentar.

Hubo una segunda consecuencia muy importante. La idea en ese tiempo era que la gente podía ser reformado en instituciones, incluida la prisión. Esta noción fue estimulada por los nuevos profesionales que trabajaban en las prisiones, que dejaron de ser giradores de llaves o guardianes, y se convirtieron en administradores y funcionarios de prisiones. A ello se unió un ejército de otros profesionales, tales como psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales, cuya tarea era hacer de los presos “mejores personas”. Y así los tribunales fueron estimulados para que enviaran a los individuos a prisión no solamente como castigo por los delitos cometidos, sino también con objeto de reformarlos y capacitarlos, a fin de que se volvieran ciudadanos respetuosos de la ley. Como consecuencia, más y más gente fue llevada al ámbito de la prisión.

La idea del encarcelamiento, que se inició en Norteamérica y en Europa occidental, se expandió rápidamente alrededor del mundo en el despertar de la expansión colonial. Como resultado, vino a establecerse en una variedad de culturas que no tenían un concepto nativo de la prisión. En estas culturas, el concepto de tomar un grupo

grande de hombres jóvenes y encerrarlos tras los altos muros de la prisión, donde serían un drenaje económico para la sociedad en un lugar de una contribución a su bienestar económico y social, no tenía sentido.

Carranza (2001), afirma:

“Debemos ser muy cauteloso respecto de cualquier sugerencia que plantee que un uso mayor del encarcelamiento es una forma eficiente de controlar el delito, ya que existe muy poca evidencia, en cualquier parte del mundo, de que haya alguna relación pertinente entre las altas tasas de encarcelamiento y las bajas tasas del delito; muchas veces es lo contrario: las altas tasas de encarcelamiento constituyen frecuentemente un indicador de la ruptura del sentido de los valores comunitarios de una sociedad” (pág. 108 y ss.)²⁷.

2.2.2. LA PENA COMO ÚLTIMA RATIO.

Ya Hegel (1985)²⁸, en su momento dejó delimitado que una cosa es el concepto de Derecho y otra cosa distinta el objeto o fenómeno que este contiene y refleja; en consecuencia, debemos analizar y dar por sentado que una cosa es la pena como concepto y, otra cosa distinta, la forma en que ella toma cuerpo en la realidad como tipo de pena (pena de muerte, privación de libertad, multa, etc.), (pág. 21).

La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento²⁹. Es un “mal” que debe

²⁷ Carranza Elías. (2001). *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria: Respuestas Posibles*. 2ª Edición. Siglo veintiuno de editores, s.a. de S.v. México.

²⁸ Hegel, G.W.F (1985). *Filosofía del Derecho*. Ciudad México, Editorial Universidad Autónoma de México.

²⁹ Cárdenas Ruiz, Marco (2012); *Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal*, Derecho & Cambio Social, <http://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm>

imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. “Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad” señala que toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo” (Arias Torres, L M, 2000, pág. 70)³⁰. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege* (Villa S. 1998, pág. 101)³¹.

Cobo del Rosal (1990) ³² sostiene que “la pena es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción” (pág. 616). Bramont-Arias (1990), dice: “las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir” (pág. 76)³³.

En términos generales la pena, cuando no es extintiva, consiste en la limitación de los derechos personales de un sujeto impuesto por el Estado como consecuencia de un proceso adelantado por la rama jurisdiccional, cuando éste es declarado responsable de una conducta definida de manera inequívoca por las normas, que lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado.

La pena está definida de la siguiente manera: “*la pena es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta*” (Gran Diccionario Enciclopédico Universal, 1986, 3º T. pág. 970)³⁴.

³⁰ Bramont-Arias Torres, Luis Miguel (2000). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Edit. Santa Rosa. Perú.

³¹ Villa Stein, Javier. (1998). *Derecho Penal*. Parte General. Edit. San Marcos. Lima.

³² Cobo del Rosal, M. y Vives Anton, T. (1990). *Derecho Penal*. Parte General. 3º Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

³³ Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. (2000). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Edit. Santa Rosa. Perú.

³⁴ Gran Diccionario Enciclopédico Universal. (1986). 2 ed. Bogotá: Prolibros Ltda.

El Diccionario de la Real Academia Española (2001) la define: “*castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta*” (pág.1719)³⁵.

En el diccionario Enciclopédico de Derecho Usual³⁶ (1989), la pena se define como: “*sanción, previamente fijada por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados*” (2º T., pág. 182).

Por otra parte, en la doctrina podemos encontrar distintas definiciones de la pena, dentro de las cuales se encuentra las siguientes:

Ulpiano³⁷, jurisconsulto romano, considera la pena como una venganza frente al daño sufrido.

Francisco Carrara³⁸, dice que la pena tiene tres definiciones: en sentido general, la pena expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor, en sentido especial, la pena designa un mal que implica el sufrimiento por un hecho cometido con dolo o imprudencia; en sentido especialísimo, expresa el mal impuesto al reo por la autoridad como consecuencia de un delito.

Orgaz³⁹ manifiesta que la pena es la sanción jurídica que se aplica a los delincuentes, ante la comisión o del intento de comisión de delito.

Alfonso Reyes Echandía (1996), considera que “la pena se puede definir como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de hecho punible” (pág. 245)⁴⁰.

³⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española (2001). Editorial Espasa.

³⁶ Diccionario Enciclopédico de derecho usual. (1989). 21 ed. Editorial Heliasta.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Reyes Echandía, Alfonso. (1996). *Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá: Colombia.

En un modelo de Estado de Derecho, la privación de la libertad individual, en tanto restricción de una condición humana esencial, sólo debe operar como ultima ratio. Es decir, cuando luego de ensayarse políticas sociales para encarar los problemas socioeconómicos y políticos, así como controles y mecanismos de solución de conflictos en el plano no punitivo (administrativo, civil, familiar, laboral), no queda otra alternativa de control para garantizar la seguridad y protección de bienes jurídicos relevantes. Por el contrario, una política social que abandona su papel, para descargar los problemas sociales en la política criminal, sanciona a los mismos a su irresolución. De otra parte, una política criminal centrada en la punición y la privación de la libertad confina, junto con los problemas, a las personas, imposibilitando de facto que la sociedad y los individuos puedan encontrar soluciones reales a los problemas.

2.2.3. PRISIÓN PREVENTIVA.

La prisión preventiva —o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad— suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, de que la investigación se llevará a cabo sin obstaculizaciones indebidas y de que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplirán con la pena impuesta.

Los riesgos son claros en ambos sentidos: una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además de que sus relaciones familiares, sociales y laborales sufrirán inevitablemente un daño. Por otro lado, una persona que enfrenta un proceso en libertad con intención de boicotearlo podría, con relativa facilidad, frustrar la obtención de justicia, sea mediante la fuga o la manipulación y/o obstaculización de la actividad probatoria.

2.2.4. FUNCIÓN DE LA PENA.

La función de la pena ha sido determinada por el correr de los años y durante el desarrollo de la vida humana. Así como han existido diferentes formas de pensar, diferentes formas de Estado, etc., en todos los tiempos, también la pena ha tenido diferentes funciones, pasando de ser una retribución al ofendido con el dolor que la pena produce en el delincuente, hasta llegar a tener como base la búsqueda de la prevención y la resocialización. La evolución de las sociedades ha implicado la evolución en la función que ha tenido la pena a lo largo de los tiempos.

En el periodo primitivo, cuando aún no existía un orden jurídico, ni una población organizada, los delitos eran considerados acciones lesivas ejercidas en contra de las personas en forma individual. Por esta razón, los sujetos afectados tenían el poder de castigar directamente a sus agresores en su integridad personal, de manera privada y sin ningún tipo de limitación, es decir, el poder de ejercer justicia por su propia mano. Así pues, la primera función de la pena consistió en satisfacer la sed de venganza de cada una de las personas lesionadas, sin medir sus consecuencias.

Érico Ferri (1995)⁴¹, en su libro “Principios de Derecho Criminal”, expresa que “en este periodo la pena no solo consistió en una simple venganza privada sino que tuvo el carácter de “venganza defensiva”, pues pretendía en cierta forma a prevenir la ocurrencia de hechos iguales que fueron cometidos por el mismo agresor o personas diferentes” (pág. 15).

En un periodo posterior, la religión obtuvo el dominio absoluto sobre todas y cada una de las actividades que se desarrollaban en la sociedad; reguló los parámetros y las conductas que debían seguir quienes hacían parte de la misma, y fue así como el concepto del delito llegó a confundirse con el concepto del pecado. La infracción fue considerada como una ofensa a la divinidad y por esta razón la pena se impuso como un modo de expiación, tal y como estaba establecido en libros como la Biblia, el Código de Manú y el Corán.

Una vez superada la hegemonía de la religión, y de otras etapas, el delito pasó a ser considerado una agresión cometida contra el estado, contra la misma sociedad. En consecuencia, la pena se convirtió en una venganza pública, ejercida por parte del poder público en representación del interés de la sociedad en general y en contra del responsable del hecho que causó el perjuicio. En virtud de lo anterior, la pena comenzó a ser más proporcionada con respecto al delito que se había cometido, aunque no dejó de ser un castigo cruel.

En un avance posterior, la pena llegó a cumplir una función de corrección de las conductas delictivas y de adaptación del delincuente a la sociedad, a la cual no podía pertenecer teniendo en cuenta las demostraciones lesivas de su conducta. A partir de ese momento, se evidenció un encarcelamiento entre el delito cometido y su consecuencia. La pena llegó a ser entonces, una medida de prevención y de resocialización, de tal forma que se corrigieran las conductas que

⁴¹ Ferri Enrico, (1993). *Principios de derecho criminal*. Traducción José A. Rodríguez M. Madrid: Editorial Reus.

ocasionaban perjuicios tanto a las personas en particular como a la sociedad en general, evitando así que dichas conductas se repitieran y permitiendo a quien las ejecutara pertenecer a la sociedad que había lesionado sin que fura perjudicial, ni para él ni para los que lo rodean, fue así como la función de la pena pasó a ser una retribución al ofendido con el dolor que la pena produce en el delincuente, hasta llegar a tener como base la búsqueda de la prevención y la resocialización, tal como ya se había expresado.

2.3. FUNCIÓN DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

El código penal que rige en la actualidad en Perú establece las funciones de la pena de la siguiente manera: “*Artículo IX. Fines de la Pena... La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora...*”.

Gustavo Socha (2011) señala que cada una de las funciones antes mencionadas tiene su propia definición (pág. 71 y 72)⁴².

Prevención general: busca evitar que los miembros de la sociedad que aún observan las normas social y jurídicamente aceptadas cometen actos delictivos.

Prevención especial: va dirigido en particular a los que ya han cometido algún acto delictivo, con el fin de que no vuelvan a hacerlo.

Protección: Busca proteger al agresor de la reacción vengativa de la víctima, pero también a la sociedad del delito.

La resocialización: es la más importante en la medida en que busca la reinserción de los delincuentes.

⁴² Socha Salamanca, Gustavo. (2011). *Políticas penitenciarias en Colombia*. T.C. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Oficina de Planeación. Bogotá: Colombia.

Las penas sólo deben ser utilizadas cuando se pretendan conservar el orden de la sociedad, de tal forma que se logre que quien cometió un delito no lo vuelva a hacer y pueda convivir en sociedad sin seguir haciéndole daño, y que los demás integrantes de este grupo tengan presente las consecuencias que puede acarrear el hecho de ejecutar dicha conducta.

Reyes Echandía (1989) señala⁴³:

El sistema punitivo tradicional sobre el monofinalismo de la pena y orientado esencialmente hacia la cárcel, está en crisis; en la mayor parte de los países los establecimientos penitenciarios se reducen a sórdidos lugares de encarcelamiento, donde se hacina la población reclusa en condiciones miserables; en algunos países de mayor desarrollo económico se han introducido avances en la arquitectura penitenciaria, en el trabajo dirigido y en la educación, pero medio en términos de rehabilitación, es decir, de no reincidencia, los resultados del sistema son decididamente negativos (pág. 93 y ss.).

A estas consideraciones podría agregarse, con particular validez para los países de América Latina, el alto índice de desocupación entre la población reclusa, el volumen considerable de la criminalidad penitenciaria, el rompimiento más o menos del ligamen entre la sociedad libre de donde se extrajo al delincuente y la cerrada sociedad carcelaria, y el porcentaje ostensiblemente alto de reclusos apenas sindicados respecto de aquellos contra quienes existe sentencia de condena.

Desgraciadamente la privación de la libertad es la pena más utilizada hoy en día y pensar en erradicarla del todo posiblemente no es la idea más adecuada para combatir los actos delictivos; de hecho, es posible que no en todos los casos pueda ser reemplazada o sustituida por otro tipo de pena. Pero, teniendo en cuenta lo expuesto en este capítulo resulta innegable el hecho de que esta pena no pueda seguir siendo la única ni por su puesto la

⁴³ Reyes Echandía, Alfonso, (1989). *La Punibilidad en la Dogmática Penal y en la Política Penal*. Universidad Externado de Colombia. 6 V N° 19. Ediciones Librería del Profesional.

que más tenga acogida en nuestra legislación para ser utilizada como sanción efectiva de los delitos.

2.3.1. CÁRCEL Y PENITENCIARIA.

Antes de entrar a estudiar la historia de la privación de la libertad en centros de reclusión como pena, es importante aclarar que aunque en un lenguaje común se llama “cárcel” tanto a los sitios de reclusión de sindicados como a los sitios de reclusión de condenados, cada uno de éstos tiene su propia denominación: cárceles y penitenciarías, respectivamente.

2.3.2. LAS CÁRCELES.

Son lugares destinados para la atención, con carácter preventivo, de las personas a quienes se les imputa la comisión de un delito y que se encuentran en proceso de juzgamiento. Estos establecimientos existieron desde épocas muy antiguas.

2.3.3. PENITENCIARIAS.

Son lugares para recluir a los delincuentes que fueron sentenciados a la pena de privación de libertad y que tienen como función principal resocializar a estos individuos para que puedan ser reinsertados en la sociedad. “A diferencia de las cárceles, estos establecimientos de reclusión aparecieron gracias a Beccaria, como consecuencia de su aversión por la aplicación de la pena de muerte. Fue él quien le dio a estos establecimientos el carácter de ente resocializador por medio del trabajo, la educación y la disciplina” (Echeverri O, 1996, pág. 62)⁴⁴.

⁴⁴ Echeverri Ossa, Bernardo (1996). *Enfoques Penitenciarios*. Publicaciones de la Escuela Penitenciaria Nacional de Colombia.

2.4. HISTORIA UNIVERSAL DE LA PRISIÓN COMO PENA.

La privación de la libertad surge en la historia como un medio que permite aislar de la sociedad a aquellas personas que atentan contra su integridad y debido desarrollo, con el fin de resocializarlas. Aunque a lo largo de la historia la prisión ha sido aplicada de formas diferentes, siempre ha sido utilizada por el Estado como herramienta de su poder coercitivo y como medio de control social de la sociedad que gobierna.

2.4.1. PERIODO PRIMITIVO Y EDAD ANTIGUA.

En épocas primitivas no existieron las prisiones, pues los castigos eran impuestos directamente por los ofendidos. Estas surgieron como consecuencia del establecimiento de los primeros gobiernos, de la delimitación de la autoridad y el poder, y de las guerras generadas entre las civilizaciones en creación.

Estamos hablando entonces de la Edad Antigua, en la cual se encuentra las primeras civilizaciones: India, Egipto, China, Persia, Grecia, Roma y en ellas los primeros vestigios de regulación: El Código de Hammurabi, las Doce Tablas, El Corán, etc. Es a partir de este momento cuando se concibe la primera idea de la cárcel, considerada simplemente como un medio para asegurar físicamente a la persona que había causado un daño a otro con su comportamiento, para garantizar su presencia en el juicio y que luego se pudiera llevar la decisión adoptada en éste⁴⁵:

- Ejecutarlos, sacarles los ojos, mutilarlos, cortarles los pulgares, etc.

⁴⁵ Fundación Emmanuel (2012). *Manual del Obrero Carcelario*. Capítulo. II. www.prodigyweb.net.mx.

- Enviarlos lejos a ciudades o lugares apartados con la consigna de no regresar hasta el cumplimiento de condiciones que ellos mismos establecían.
- Venderlos como esclavos; Negociarlos por dinero o tierras a cambio de su libertad.
- Torturarlos para que confesaran más delitos y se descubrieran cómplices.
- Exhibirlos públicamente para servir de ejemplo o para burlarse de ellos.
- Utilizarlos como mano de obra para construir obras públicas y/o religiosas.
- Usarlos como esclavos y someterlos a trabajos forzados.

2.4.2. EDAD MEDIA.

Como consecuencia de la consolidación del poder absoluto en cabeza de la Iglesia Católica a comienzos de la Edad Media, los herejes fueron considerados enemigos de la sociedad y por esta razón fueron buscados de manera agresiva.

El Papa IX creo la Inquisición con el fin de perseguir a los separados de la Iglesia para que se convirtieran; si éstos continuaban desobedientes frente a las leyes de la iglesia, serían entregados a las autoridades civiles quienes serían las encargadas de aplicar las penas correspondientes⁴⁶. Las penas impuestas a los herejes durante en este tiempo consistían en acciones contra el cuerpo y el capital: torturas, la

⁴⁶ La Inquisición (2011). www.herenciacristiana.com

hoguera, expropiación, mutilaciones, etc. No se tenía entonces a la prisión como una de ellas. Lo anterior teniendo en cuenta que tal y como se dijo antes, la iglesia buscó con la Inquisición convertir de cualquier forma a los herejes⁴⁷.

En este mismo período, el paso de la agricultura a las tierras de pastoreo generó pobreza y desplazamiento entre los campesinos, quienes recurrieron al crimen y la violencia para poder sobrevivir. Como respuesta a estas actuaciones, las autoridades del momento pusieron en práctica medidas represivas que buscaban mantener en orden a la sociedad, se trataba de un control económico y social. Así las cosas, los castigos capitales y corporales utilizados para los herejes fueron también impuestos a los campesinos. De acuerdo con Rusche y Kirchheimer (2001)⁴⁸ la sobreoferta de mano de obra que se presentó en este período de la historia, especialmente en los centros urbanos en crecimiento, ocasionó que las autoridades sintieran menos aprecio por la vida humana y por tanto que las sanciones que se aplicaban fueran tan agresivas (pág. 121): “en la medida en que la remuneración por la mano de obra decreció, el valor de la vida humana se fue haciendo menor y menor. La dura lucha por la existencia moldeó el sistema penal hasta convertirlo en uno de los medios para impedir un gran incremento en la población” (Rusche y K, 1999, pág. 122 y ss.)⁴⁹.

2.4.3. EDAD MODERNA.

La segunda mitad del Siglo XVI implicó cambios económicos (expansión del comercio, los mercados y la manufactura debido a las nuevas rutas navales y las conquistas coloniales) y demográficas (las guerras, las plagas y las hambrunas) en varios países europeos que

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Garland D, (2001), *Castigo y Sociedad Moderna*. México.

⁴⁹ Rusche y Kirchheimer (1999). *Punishment and Social Structure*. México: Siglo Veintiuno Editores.

generaron una nueva concepción respecto de la clase de penas que serían utilizados, debido a la escasez y altos costos de la mano de obra.

Fue así, como “se comenzaron a utilizar tres nuevos mecanismos de castigo: la esclavitud, el traslado y el trabajo forzado en instituciones penitenciarias, principalmente” (pág. 122)⁵⁰. Entonces, se construyeron prisiones organizadas denominadas “casas correccionales” con el fin de adiestrar y disciplinar a los internos en las actividades industriales, y además para corregir sus actuaciones delictivas. Estos establecimientos se utilizaron para albergar a mendigos, vagos, jóvenes y prostitutas, siendo la casa de corrección en Londres la primera edificación de este tipo, aunque la fundación de prisiones de Ámsterdam, que se constituyó más adelante, tuvo mayor importancia⁵¹.

Las casas correccionales no fueron los únicos establecimientos empleados para usufructuar el trabajo de los sentenciados y por eso resulta importante mencionar la pena de galeras, por haber jugado un papel muy importante en la economía de la época. Las galeras eran embarcaciones de vela y remo para la guerra y comercio, que fueron utilizados como prisiones flotantes para castigar a quienes infringían la ley en cierto grado de gravedad, así como para los mendigos y vagabundos, quienes eran empleados como remeros sin ninguna retribución a cambio, por tiempo indefinido (hasta cuando el remero se enfermera), o por tiempo determinado, dándose por terminada en los dos casos por medio de un reemplazo.

Lo anterior, dada la dificultad de conseguir hombres libres que se dedicaran a esa labor bajo dichas condiciones. Rusche y Kirchheimer (1999) señala al respecto: “Lo importante en el desarrollo de la esclavitud en las galeras como método de castigo es el hecho de que

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Sarmiento, Arnulfo (2009). Situación jurídica de los internos en el sistema penitenciario mexicano. www.universidadabierta.edu.mx

únicamente estaban involucradas consideraciones de tipo económico, no penales. La introducción y regulación de la esclavitud en las galeras de determinan únicamente por deseo de obtener la mano de obra necesaria sobre la base más barata posible” (pág. 20)⁵².

Se creó entonces la necesidad de mejorar la situación de los reos y fue así como autores de gran importancia se dedicaron a estudiar las penas y su función, y a plantear soluciones. John Howard se concentró en aliviar las miserias físicas y morales de los reos. Con él, las prisiones adoptaron un carácter más humano y la pena, paso de ser un castigo a ser un medio para corregir y rehabilitar al delincuente. Fue así como el objeto de la penalidad pasó a ser el alma de los delincuentes, en lugar de su cuerpo, y las penas se dirigen entonces a “a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas, y a no ser cesar hasta obtener tal cambio”⁵³.

En este punto se debe advertir la similitud que existió entre las prisiones y otras instituciones de la época (escuelas, talleres, industrias, etc.), teniendo en cuenta que todas ellas se regían por el principio de la disciplina, pues es a través de ésta como se consigue educar, formar, manipular, etc. A quienes se encuentran recluidas en dichas instituciones, con la finalidad que cada una de ellas buscaba, por su puesto.

2.4.4. EDAD CONTEMPORÁNEA.

La crisis industrial de principios del XIX generó un incremento en el índice de criminalidad y llevó a pensar a algunos sectores de la sociedad que era inminente la necesidad de volver a implementar las penas utilizadas durante el siglo XV.

⁵² Rusche y Kirchheimer, (1999). *Punishment and social structure. Castigo y sociedad moderna*. México: Siglo Veintiuno Editores.

⁵³ *Ibid.*, Pág. 25.

Ello no obstante, las autoridades se dedicaron a rediseñar el modelo penitenciario, lo que condujo a que las prisiones perdieran su carácter de medio económico de producción y de instrumento para la corrección de los delincuentes y, pasaran a ser establecimientos en los cuales se ejercía el terror y la degradación para disuadir al criminal de que sus actuaciones eran equivocadas y por tanto no debía volver a cometerlas. En todo caso, el trabajo de los prisioneros siguió utilizándose ya no para el mercado, sino para las mismas instituciones penitenciarias o para uso gubernamental. En EE.UU, el cambio antes mencionado no se presentó debido a que la escasez de mano de obra mantuvo en las cárceles las tareas de producción.

Rosa del Olmo⁵⁴ señala que, en este periodo predominó la ideología liberal y por tanto la privación de la libertad fue la pena más utilizada, pues se convirtió en el elemento fundamental de la sociedad para ejercer control y de esta forma evitar su inestabilidad (pág. 45). En la sociedad todos los hombres eran libres, razón por la cual quien atentara en contra de ella debía ser privado de su libertad con el fin de que reflexionara y llegara a la conclusión de que quería volver a ser libre.

Se realizaron muchos congresos para discutir sobre la materia carcelaria y penitenciaria, fue así que se consolidó el uso de la prisión con el nombre de penitenciaria como lugar para purgar la pena y se organizó su funcionamiento. La pena de prisión es la más empleada por las sociedades actuales especialmente de la descendencia occidental, teniendo en cuenta los lineamientos internacionales y las normas establecidas por cada una de ellas.

⁵⁴ Del Olmo.

2.5. HISTORIA DE LA PRISIÓN COMO PENA EN EL PERÚ.

Los grupos indígenas que habitaban en Perú en la época primitiva utilizaban la pena de muerte para castigar a los homicidas y los trabajos comunitarios para la delincuencia menor. “La privación de la libertad fue empleada, no como castigo, sino como mecanismo para retener a los criminales hasta cuando eran ejecutados” (Acosta Muñoz, 1999, pág. 54)⁵⁵.

Con la imposición en América de las leyes españolas establecidas en las Siete Partidas, la privación de libertad continuó utilizándose con el criterio de los indígenas, pero además se convirtió en castigo para los españoles o criollos que vivían en América.

Con la llegada de la inquisición a nuestro territorio, las penas utilizadas fueron: la confiscación, la multa y la prisión, además de los castigos físicos tales como: las mutilaciones, la tortura, las laceraciones, etc., para quienes eran declarados herejes.

Pero la verdadera historia de las prisiones comienza a desarrollarse con el Decreto expedido por Simón Bolívar el 14 de marzo de 1828, por medio del cual “se ordenó la creación de diversos centros de corrección situados en algunas capitales, dándose de esta forma a la cárcel el carácter primario de lugar de castigo” (Echeverri O, 1996, pág. 28.)⁵⁶.

2.5.1. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI*.

Además, el derecho penal se rige por estrictos principios limitadores del *ius puniendi*, con límites cuantitativos (con relación al número de tipos penales que debe dictar un legislador en la actualidad y a la

⁵⁵ Acosta Muñoz, Daniel (1996). *Sistema integral de tratamientos penitenciarios*. Lima- Perú.

⁵⁶ Echeverri Ossa, Bernardo (1996). *Enfoques penitenciarios*. Publicaciones de la Escuela Penitenciaria Nacional. Bogotá- Colombia.

forma de aplicar las penas), así como límites cualitativos (la intervención estatal debe hacerse en la forma señalada en la constitución y las leyes).

Mediante los límites cuantitativos se debe optar por las penas menos gravosas, que sean suficientes para restablecer el ordenamiento jurídico transgredido, debe haber una proporcionalidad entre el delito cometido y la pena, la duración de la pena debe estar prefijada dentro de ciertos límites, en la forma previa y por la ley, además sólo se pueden tipificar conductas que atentan contra valores fundamentales denominados “bienes jurídicos penalmente protegidos.

Los límites cualitativos se refieren que se realizan bajo la dirección de ciertos principios: “A) principio de legalidad o intervención legalizada; B) intervención mínima; C) Principio de legalidad en lo referido al ius puniendi (las penas a imponer a causa de la comisión de un delito sólo pueden ser establecidas y determinadas en su duración por el legislador, al juez toca sólo determinarlas para el caso concreto pero siempre del marco legal pre fijado); D) Principio de intervención mínima” (pág. 4 y ss.)⁵⁷.

2.5.2. CLASES DE PENA EN EL CODIGO PENAL PERUANO.

El comportamiento típico, antijurídico y culpable que protagoniza un ciudadano activa el sistema penal oponiendo al autor una determinada consecuencia jurídica. Siendo las consecuencias jurídicas son las penas, las medidas de seguridad, las medidas accesorias y las responsabilidades civiles que derivan del delito⁵⁸.

⁵⁷ Peña Labrin, Daniel Ernesto Año (2003). *Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Revista Jurídica Virtual. Derecho & Sociedad, <http://mgplabrin.blogspot.com/2009/05/teoria-de-las-consecuencias-juridicas.html> III.

⁵⁸. *Ibíd.*

Por otro lado, el derecho penal como señalamos anteriormente, es la última ratio que tiene una sociedad para reaccionar contra aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, al ser ultima ratio la sanción penal ha de ser usada únicamente después que los otros mecanismos de control social han fracasado. Es decir, las normas penales han de ser subsidiarias a las demás. En este sentido, el derecho penal responde a la política criminal diseñada en la Constitución de un determinado Estado, política que tiene en la familia, la escuela y las demás ramas del derecho otros mecanismos para controlar la existencia de comportamientos socialmente desestabilizadores.

Las sanciones penales tienen una razón de ser, esto es, han sido creadas para cumplir ciertos fines, los mismos que muchas veces son dejados de lado a la hora de tipificar y sancionar las conductas delictivas. La función de la pena más allá de su conceptualización, cumple función de prevención general, pues tiene que ver con regular la convivencia en la sociedad, el funcionamiento social, la norma que lo permite. Nuestro Código Penal señala que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora [Art. IX del Título Preliminar].

De la norma acotada se desprende que para el sistema jurídico penal peruano la pena cumple básicamente las siguientes funciones: prevención general y prevención especial. La prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en la sociedad, de manera que a través de la pena se influencia en la sociedad a través de la amenaza penal y su posterior ejecución. Pudiendo esta ser negativa o positiva. Por la primera a través de la pena se buscaría un efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos que poseen cierta tendencia a delinquir; mientras que por la segunda la pena tendría el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente por la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal. En la

prevención especial, la finalidad de la pena está referida a la persona del penado, de quien se busca obtener su socialización.

El Código penal peruano en su Artículo 28° clasifica las penas de la siguiente manera: a. Penas privativas de libertad; b. Penas restrictivas de libertad; c. Penas limitativas de derechos; d. Penas de Multa.

2.5.2.1. Pena Privativa de Libertad.

La pena privativa de libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la mas de las veces carcelario. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable que va de la mínima de dos días hasta la cadena perpetua (art.29 del C.P.).

La pena privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, opera como garantía institucional de libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general.

Es necesario que durante la ejecución de la pena el condenado desarrolle un plan de reinserción social. Pues la prevención especial asigna a la pena la función reeducadora, resocializadora e integradora del delincuente a la comunidad. Ubica al hombre no como un mero instrumento, sino como una finalidad más en búsqueda de su corrección o curación. Por tanto se debe dar vital importancia al tratamiento penitenciario durante el encierro del condenado. Con respecto a la cadena perpetua, regulada en el art 140 de la Constitución, desde la perspectiva de la prevención especial negativa va a tener como función alejar al delincuente de las personas, y así mantener a la sociedad libre de peligro, en otras palabras tendrá como

objetivo principal el alejamiento del condenado para evitar la producción de delitos.

2.5.2.2. Penas Restrictivas de la Libertad.

Son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, le imponen algunas limitaciones. Se encuentran reguladas por el artículo 30° del Código Penal. Son penas que restringen los derechos de libre tránsito y permanencia en el territorio nacional de los condenados.

Las penas restrictivas de libertad que contempla el Código Penal son: 1. La expatriación, tratándose de nacionales; 2. La expulsión del país, tratándose de extranjeros.

Esta norma va en contra del Derecho de residencia (art. 2, inciso 11 de la Constitución; art. 13, de la Declaración de los Derechos Humanos; art. 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos)⁵⁹.

Las restrictivas de libertas que contempla el Código Penal en su artículo 30° son:

La expulsión de un país, tratándose de extranjeros.

Se ha publicado en el Diario Oficial "El Peruano" con relación a las penas restrictivas de libertad, Ley 29460, con fecha 27 de noviembre de 2009, la norma que en síntesis suprime la pena de "expatriación", y todas aquellas disposiciones que se relacionaban con la aplicabilidad de la misma.

⁵⁹ Córdova Sánchez, F. (8 de enero de 2010). blog pucp. Obtenido de blog pucp: <http://blog.pucp.edu.pe/item/83879/se-elimino-la-pena-de-expatriacion>.

2.5.2.3. Penas Limitativas de Derechos.

Consideradas en los artículos 31° al 40° del Código Penal. Estas sanciones punitivas limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases: Prestación de servicios a la comunidad (variante especial del trabajo correccional en libertad), limitación de días libres (el condenado sólo debe internarse en un centro carcelario por periodos breves que tienen lugar los días sábados, domingos o feriados) e inhabilitación (incapacidades o suspensiones que pueden imponerse a un condenado).

Son las penas alternativas a las privativas de libertad de poca duración. Villa Stein (2001)⁶⁰ nos dice, que “la construcción de este sistema es una respuesta imaginativa al encierro para el supuesto de que el caso concreto, dependiendo de la naturaleza de la infracción lo mismo que de la culpabilidad del sentenciado, resulte a criterio del juez, más adecuado a la sociedad, a la víctima y al propio sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que de padecer un encierro de corta duración” (pág. 15).

Las penas limitativas de los derechos son según el artículo 31 del Código Penal:

Prestación de servicios a la comunidad (art. 34, del C.P.).

Consiste en la prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, prestado durante tiempo libre y días feriados a fin de no alterar los patrones laborales del sentenciado. No se trata de trabajo forzado, se concreta en

⁶⁰ Villa Stein, J. (2001). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial San Marcos.

instituciones educativas y municipales asistenciales o en obras públicas, en los que se debe tomar en cuenta las aptitudes y hasta preferencias del sentenciado. La jornada de trabajo es de 10 horas a la semana, y en ningún caso deberá afectar la salud física o mental del obligado ni su dignidad personal, la duración mínima de esta pena es de diez y la máxima de ciento cincuenta y seis jornadas.

Limitación de días libres (art. 35, del C.P.)

No afecta a la familia ni al trabajo del condenado pues la limitación de días libres, normalmente afectara los fines de semana. El periodo fluctúa entre un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas por fin de semana, el lugar se estructura con propósitos resocializadores y educativos sin la características de un centro penitenciario.

Inhabilitación (art.36, del C.P.)

Esta pena consiste en la supresión de algunos derechos ciudadanos (políticos, sociales, económicos, familiares).

Villa Stein nos dice que se admite modernamente que se trata de una pena infamante lo que puede imprimirle anticonstitucionalidad conforme al art.36 del C.P.

La inhabilitación puede acarrear:

- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque convenga de elección popular.
- Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
- Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.

- Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria que deban especificarse en la sentencia.
- Incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela o curatela.
- Suspensión o cancelación de la autorización para optar o hacer uso de armas de fuego.
- Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
- Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión y oficio que se hubiese servido el agente para cometer delito.

La pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria según el art. 37° del C.P.

Como principal opera como limitativa de derechos y con ello de lo que se trata es de una pena alternativa a la privación de libertad.

Accesoria, se impone cuando el hecho punible ha sido un abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela y su duración será igual a la pena principal según el art. 39 del C.P.

2.5.2.4. Multa.

También conocida como pena pecuniaria. La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días multa. El importe del día multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, renta, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza (art. 40 del C.P.).

El Código penal peruano, regula la pena de multa señalando las siguientes características⁶¹:

La duración de la pena fluctúa de un mínimo de diez días a trescientos sesenta y cinco días multas salvo disposición distinta de ley (art. 42 del C.P.).

El límite a pagar por el condenado por concepto de multa no será menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario, cuando viva exclusivamente de su trabajo (art.43 del C.P.)

Villa Stein cita a Martin Batista y expone las siguientes ventajas y desventajas de la pena de multa⁶²:

a. Ventajas.

- Compatible con la dignidad del sentenciado.
- No afecta la integración de la familia del condenado.
- No afecta el trabajo del condenado.
- Su carácter flexible permite su adaptación a las condiciones económicas del condenado.

⁶¹ López Barja de Quiroga, J. (2004). Derecho Penal Parte General. Lima: Gaceta Jurídica.

⁶² Villa Stein, J. (2001). Derecho Penal Parte General. Lima: Editorial San Marcos.I

- No arroja mayores gastos para el Estado.

b. Desventajas.

- No es suficientemente preventiva.
- Se afecta el patrimonio y los ingresos familiares.
- La insolvencia del condenado puede llevar a la impunidad.
- Es discriminatoria.
- Es impersonal.

2.6. DETERMINACIÓN Y APLICACIÓN DE LA PENA.

La pena se determina en la ley, y con el Juez. La determinación ejecutiva a que lleva el sistema penitenciario, no es propiamente de una determinación de pena sino de un gesto de administración.

De acuerdo al artículo 45° del Código Penal Peruano, para la aplicación de la pena, se toman en cuenta los siguientes criterios: “*Artículo 45°.- criterios para la determinación de la pena. El Juez, al momento de fundamentar la pena, deberá tomar en cuenta:*

Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;

Su cultura y sus costumbre; y

Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”.

El sistema de penas y medidas de seguridad que el legislador nacional adopto, incluye a las medidas de internamiento, penitenciaría, prisión, relegación, expatriación, multa e inhabilitación.

Villavicencio T, (2006)⁶³ nos dice que “nuestra Constitución Política de 1993 se inspira en un Estado social democrático de derecho (artículo 43°); por ello, se declara que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°, inciso 22)” (pág. 11 y ss.).

El sistema de penas adoptado por “el Código en comento es muy similar al vigente en otros estatutos punitivos del continente —piénsese en los colombianos de 1.980 y 2.000—, dado que el mismo se hace descansar, casi como alternativa única de lucha contra la criminalidad, sobre las penas privativas de libertad (el 95%)” (Navarro A, 1999, pág. 73 y ss.)⁶⁴; por ello, poca trascendencia práctica tienen las otras tres modalidades de sanción reguladas en el Título III del Libro primero: restrictivas de libertad, limitativas de derechos, y la multa (Cfr. Art. 28) (Navarro A, 1995, pág. 82 y ss.)⁶⁵.

Naturalmente, ello marca un agudo contraste con sistemas punitivos más avanzados como el alemán, que —“según datos de 1.989, reafirmados en la última década— al 83% de los condenados por delitos comunes les impone pena de multa, al 12% les atribuye pena privativa de libertad suspendida, y sólo al 6% pena privativa de libertad efectiva” (Dölling D, 1995, pág. 102)⁶⁶. Este dato estadístico, que tiene hondas repercusiones en los planos criminológicos y político criminal, debe ser muy tenido en cuenta a la hora de examinar las pautas de individualización de las penas previstas, máxime cuando los estudiosos tienden a tomar como marco de referencia las elaboraciones foráneas.

⁶³ Villavicencio Terreros, F. A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

⁶⁴ Navarro Altaus, Martín, (1999). *El sistema de penas en el CP peruano de 1.991*. en Anuario de Derecho Penal. *El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal.

⁶⁵ Navarro Altaus, Vaello Esquerdo (1995). *una comparación con el sistema español plasmado en el C. P. de 1.995*. Lima-Perú.

⁶⁶ Dieter Dölling. (1996). *El Desarrollo de las Sanciones No Privativas de Libertad en el Derecho Alemán*.

2.6.1. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

No parece posible examinar los criterios de determinación de la pena en el Derecho penal peruano vigente (Cfr. 7 Arts. 45 y 46), “haciendo abstracción de los principios generales plasmados en los Arts. I a X del Título preliminar del estatuto represor que, a su turno, “son verdaderos desarrollos de las disposiciones constitucionales —en especial los Arts. 1, 2, 3, 138, 139, 162— y de las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos” (Prado Saldarriaga, 1.993, pág. 21 y ss.)⁶⁷, conforme señala la cuarta disposición final transitoria de la carta magna de 1993.

Obviamente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal, y, en particular, para la problemática de la determinación de la pena, por lo cual no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista, o el administrador de Justicia⁶⁸.

Ahora bien, siguiendo esas directrices constitucionales —para el caso las contenidas en la Carta Fundamental de 1.993— y legales, el legislador de 1991 ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 45°. -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

- *Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
- *Su cultura y sus costumbres; y*

⁶⁷ Prado Saldarriaga, Víctor, (1993). *Comentarios al Código Penal de 1.991*. Editorial Alternativas Lima. Velásquez V., Fernando. *Derecho penal, Parte general*. Editorial Temis, 3ª ed. Bogotá.

⁶⁸ Ídem.

- *Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen".*

“Artículo 46º. – Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificadorio de la responsabilidad, considerando especialmente:

- *La naturaleza de la acción;*
- *Los medios empleados;*
- *La importancia de los deberes infringidos;*
- *La extensión del daño o peligro causados;*
- *Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;*
- *Los móviles y fines;*
- *La unidad o pluralidad de los agentes;*
- *La edad, educación, situación económica y medio social;*
- *La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;*
- *La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y*
- *Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente”.*

2.6.2. LA FUNDAMENTACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN SENTIDO AMPLIO. Alcances del art. 45.

1. El origen de la fórmula. Este texto, que no armoniza con el plasmado en el Art. 46, fue confeccionado tomando como punto de partida el Art. 46 del Proyecto de reformas a la Parte general del Código penal de la Nación Argentina, presentado por los Diputados Nacionales Néstor Perí y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Justicialista, donde sí tiene una explicación coherente (Hurtado Pozo

J, 1.987. Pág. 54 y ss.)⁶⁹; de allí, al parecer, lo tomaron los redactores del Código de 1.991⁷⁰.

2. Las situaciones previstas en la disposición. El texto legal enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos de fundamentación y de determinación de la pena — noción diversa a la de determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley", consagrada en el Art. 46—; y del otro, señala tres pautas genéricas para que el funcionario judicial cumpla con dichas tareas: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia, o de quienes dependen de ella. Por ello, parece pertinente ocuparse de cada uno de estos asuntos.

En lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la fundamentación de la pena, esto es, el proceso mediante el cual el juez o fallador indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión; en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia constitucional según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales (art. 139.5 de la Const. Peruana)⁷¹, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Cfr. Arts. 1 y 43 de la Const.).

⁶⁹ Hurtado Pozo, José. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Editorial, Eddili. 2° Ed. Lima.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Art. 139 núm. 5 de la Const., dispone: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional...5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos".

Así las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio.

El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una noción amplia de tal figura. No se refiere, pues, el codificador en el Art. 45 a la noción estricta utilizada por el Art. 46, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho.

El artículo 45° y 46° se deriva del Proyecto argentino mencionado más arriba y lleva a sembrar el caos y la confusión, sobre todo cuando se piensa en las pautas contenidas en el Título preliminar del Código.

3. Los criterios acogidos. Villavicencio T (1997) señala que, tres son las pautas para cumplir con las tareas mencionadas (pág. 193 y ss.)⁷², en sentido amplio: en primer lugar, se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito, recordando similar previsión legal en el Código

⁷² Villavicencio Terreros Felipe (1997). *Código Penal*. Peña Cabrera, Raúl: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I. Estudio programático de la Parte General, Lima. 2° Ed. Lima. Editorial Grijley.

penal argentino: especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos en la que, justamente, la doctrina de aquél país —citada por la peruana— ve tal figura. Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, "en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad" (Zafarroni, 1983, pág. 314. T. V)⁷³.

En segundo lugar, pensando en el agente, deben evaluarse "su cultura y sus costumbres" —que es similar al Art. 41 argentino: "...la educación, las costumbres", con precedentes en el Proyecto de Código Penal de 1.989, en su Art. 50 inc. 2—, con lo cual se alude al grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad. De esta manera, pues, al mismo tiempo que se reitera la fórmula de la co-culpabilidad ya mencionada, se recuerda el carácter pluricultural de la sociedad peruana, destacado por el texto del Art. 2 núm. 19 de la Constitución: "...el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación" (Villavicencio T, 1997, pág. 195.)⁷⁴.

Así mismo, en tercer lugar, se hace referencia a "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen" (núm. 3), con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el Derecho penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal. Desgraciadamente, la fórmula se ha quedado corta⁷⁵ y apenas sí se ha hecho referencia a uno de los tópicos relacionados con el asunto: el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados, que es una cuestión posterior

⁷³ Zafarroni, Eugenio Raúl (1983). *Ejemplarización, Prevención General y Cuantificación Penal*. Tomo V Señal Editora. Medellín.

⁷⁴ Villavicencio Terreros, Felipe. (1997). *Código penal*. 2º edición Editorial Grijley. Lima.

⁷⁵ Ídem.

al hecho mismo y que, como tal, nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad; desde luego, lo que sí está íntimamente relacionado con el injusto —por ende, con su graduación—, es lo atinente al papel general del afectado dentro del delito⁷⁶ temática que, se repite, no ha quedado comprendida en el texto.

Así las cosas, el tópico en examen no representa una pauta independiente para la tasación de la pena, sino un verdadero factor posterior que de todas maneras opera como verdadero correctivo de los dos criterios iniciales.

No obstante lo dicho, parece indiscutible que los dos primeros criterios cuando se refieren a la personalidad del agente —sea para enfatizar en sus carencias sociales, su cultura y sus costumbres—, también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (prevención especial positiva) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio, como ocurre cuando el juez se ocupa de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva del fallo condenatorio, de la exención de pena, de las conversiones de pena, etc. (Cfr. Arts. 41 y ss.; 52 y ss.; 57 y ss.; 62 y ss.), en los cuales se requieren consideraciones que tocan con dicha finalidad de la pena.

Así las cosas, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no sólo los fines retributivos sino los preventivo especiales (positivos).

⁷⁶ Ídem.

2.6.3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN SENTIDO ESTRICTO Y EL ART. 46° DEL C.P.

1. *El origen de la fórmula.* La previsión legal contenida en esta disposición tiene como primer antecedente el Art. 51 del C. P. de 1.924, sobre todo porque a partir de ella se hace la mención de los once criterios de tasación ya transcritos aunque, a diferencia del inciso 1° del Art. 51 —que hacía descansar dicho proceso en "la culpabilidad y el peligro del agente"—, el inciso primero de la actual se refiere a "la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido". Así mismo, la norma examinada tiene un innegable segundo antecedente en el Art. 41 del Código Penal Argentino de 1.921 —en cuya confección tuvieron su influjo los Arts. 90 a 96 del Código Bávaro de 1.813, amén de los proyectos de Código penal suizos, cuya ascendencia sobre el Código peruano de 1.924 es también evidente—, aunque limándole ciertas expresiones de claro alcance peligrosista.

2. *Los criterios acogidos.* Si es cierto que "la responsabilidad y gravedad del hecho punible" son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de injusto como la de culpabilidad —responsabilidad en sentido estricto— suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: el grado de injusto y el grado de culpabilidad (Hurtado P, 1987, pág. 51 y ss.)⁷⁷, notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como límite al ejercicio del ius puniendi del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (cfr. Arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar).

Por supuesto, los dos criterios centrales de la individualización de la pena en sentido estricto aparecen desarrolladas en los once numerales contenidos en la disposición, y se corresponden con las mismas pautas

⁷⁷ Hurtado Pozo. (1987). *Responsabilidad y Culpabilidad*". Editorial Eddili. Lima Perú.

tenidas en cuenta por el legislador al momento de señalar las penas en las normas vertidas en la Parte especial; el codificador peruano no prevé disposiciones de corte genérico destinadas a regular un listado detallado de las circunstancias de atenuación y de agravación aunque, como luego se advierte, sí se enlistan en la Parte general eventos que cumplen dicho cometido.

3. Las once pautas del inc. 1º del Art. 46. Son varios los aspectos que es necesario precisar para un mejor entendimiento del texto. En primer lugar, la norma dispone que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", porque el Código en comento —como norma general— señala en su Parte especial un marco penal determinado dentro del cual se debe mover el juzgador, constituido por un mínimo y un máximo, que posibilita al juez una relativa potestad de obrar.

Obvio es decirlo, por sustracción de materia, ello no es posible en tratándose de la pena privativa de libertad de carácter perpetuo señalada en el Código —cuya constitucionalidad, de cara a lo establecido en los Arts. 1, 2 y 3 de la Carta, es más que dudosa—, pues “se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su duración indeterminada, y sólo se explica en cuanto que el legislador acude a criterios preventivo-generales negativos” (Maurach R, 1995, págs. 692 y 697)⁷⁸ para intimidar o aterrorizar al conglomerado social.

Así mismo, en segundo lugar, el inciso en comento consagra el llamado “principio de la inherencia o de la prohibición de la doble valoración” (Ziffer P, 1996, prólogo)⁷⁹, cuando dispone que los criterios de determinación de la pena en sentido estricto —“el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido”—, sólo se toman en consideración a condición de que no

⁷⁸ Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz. (1995). *Derecho Penal*. Parte general 2. Trad. de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires.

⁷⁹ Ziffer, Patricia S. (1996). *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. Buenos Aires.

hayan sido previstos por la misma ley penal como elementos constitutivos de la respectiva figura punible, o comporten modificación de la responsabilidad; en otras palabras: aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la Parte Especial del Código, o en el derecho penal complementario, no podrán ser empleados de nuevo en esta etapa, porque se violentaría el principio del *non bis in ídem* (Borja J. 1991, pág. 165 y ss.)⁸⁰. Así se infiere, con toda claridad, del aparte respectivo del texto legal: "...en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad".

En tercer lugar, se mencionan en once numerales las situaciones especiales que el Juez debe tener en cuenta para valorar el grado de injusto y el grado de culpabilidad del agente. En efecto, dentro de las pautas del primer orden deben mencionarse las siguientes: la naturaleza de la acción (núm. 1º), los medios empleados (núm. 2º), y la extensión del daño o peligro causados (núm. 3º); de igual forma, se señala como regla del mismo género la concerniente a "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" (núm. 5º). Así mismo, se hace referencia a "la unidad o pluralidad de los agentes" (núm. 7º), comprendiendo los diversos casos de concurso de personas en el hecho punible (participación criminal en sentido amplio), yendo desde las diversas formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría, previstas en el Art. 23º del Código) hasta las modalidades de participación criminal en sentido estricto (instigación y complicidad, a que hacen referencia los Arts. 24º y 25º).

Igualmente, en segundo lugar, aparecen clarísimas referencias al grado de culpabilidad en los siguientes eventos del Art. 46º: "la edad, educación, situación económica y medio social" (núm. 8º) que, por lo demás, es repetición parcial del segundo criterio contenido en el Art.

⁸⁰ Borja Jiménez, Emiliano. (1991). *El Principio de Inherencia del Artículo 59 del Código Penal*. Tomo CLV. Ministerio de Justicia/Centro de publicaciones. Madrid.

45° ("la cultura y sus costumbres"); por supuesto, "estos tópicos al aludir a la personalidad del autor son indicativos de su capacidad de autogobernarse, de donde cabe inferir un mayor o menor grado de exigibilidad a la hora de formular el juicio de culpabilidad" (Ziffer, P. 1.996, págs. 137 y ss.)⁸¹. También, sucede lo mismo con la primera parte de la redacción consignada en el núm. 11 cuando habla de "las condiciones personales" del agente, haciendo una mención clara de la personalidad del autor, aunque también se concibe este texto desde la perspectiva del grado de injusto⁸²; ello, desde luego, implica tener en cuenta el grado de culpabilidad a la hora de tasar la pena imponible al trasgresor de la ley penal, dependiendo de la mayor o menor exigibilidad que le quepa por la realización del injusto.

Fernando Velásquez V. (1991) señala⁸³ una conclusión distinta, se impone, pues, "cuando se parte del contenido de los Arts. IV, VII y VIII del Título Preliminar, que consagran de manera vehemente, respectivamente, los principios de protección de bienes jurídicos — *"la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"*, de culpabilidad — *"la pena requiere de la responsabilidad penal del autor"*— y de proporcionalidad — *"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho"*—; esos axiomas, son de rango constitucional dado que emergen del modelo de Estado diseñado por el Art. 1 de la Carta: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (pág. 11 y ss.).

Así las cosas, un Derecho penal como el peruano sólo puede tomar en cuenta la prevención general —desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva— a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas, no en esta sede —en la cual,

⁸¹ Ziffer, Patricia S. (1996). *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. Buenos Aires.

⁸² Ídem.

⁸³ Fernando Velásquez V. (1991). *Los Criterios de Determinación de la Pena en el C. P. Peruano de 1991*. Lima-Perú.

se repite, sólo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma—, porque ello podría comportar la vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración⁸⁴.

Y, por supuesto, no es posible pensar en los fines preventivos como pautas para determinar la pena en sentido estricto. E. Los criterios de determinación de la pena de multa: el Art. 41. Pese a que las disposiciones hasta ahora examinadas, parecieran contener las pautas genéricas de tasación de la pena —tanto en sentido estricto como amplio— en el Derecho penal peruano, como lo demuestra el hecho de que aparezcan insertas en el Capítulo II del Título III, dedicado a "la aplicación de la pena", la verdad es que en tratándose de la pena de multa se prevén unos criterios específicos que deben ser mencionados en esta sede.

En efecto, el inciso 2° del Art. 41 señala que la multa "se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza". Obviamente, la pregunta que fluye es la siguiente: ¿estas reglas de "determinación" como los llama la propia Ley, operan de manera independiente, con prescindencia de los señalados en los Arts. 45 y 46, o han sido establecidos como pautas adicionales a éstas? La respuesta a este interrogante parece clara: como los mandamientos señalados en el Art. 45 se refieren a la determinación de la pena en sentido amplio, ellos no operan a efectos de tasar la pena pecuniaria en concreto, salvo que se trate de otros aspectos como, por ejemplo, la fijación de un plazo para su pago (Cfr. Art. 44).

Así mismo, dado que los cánones acogidos por el Art. 46 se refieren a la determinación de la pena en sentido estricto, comprendiendo todas las sanciones previstas en el título III —privativas de libertad,

⁸⁴ Ídem.

restrictivas de libertad, limitativas de derechos y, por ende, la pena de multa—, es indudable que sí se aplican a título de pautas genéricas por parte del Juez, máxime que éste debe partir de las mismas reglas de determinación tenidas en cuenta por el legislador al redactar las normas penales, trátase de la gravedad del injusto o de la culpabilidad.

En efecto, en la Parte general aparecen consignados los siguientes casos de menor graduación de la pena: el Art. 14 prevé, respectivamente, en los errores vencibles de tipo (menor injusto) y de prohibición (menor culpabilidad), la punición a título de culpa y con una pena atenuada; el Art. 15 regula el error de comprensión culturalmente y establece, por tratarse de un menor grado de culpabilidad, la atenuación de la sanción en casos de evitabilidad.

Así mismo, el Art. 16 señala la disminución prudencial del castigo en la tentativa (menor injusto); el Art. 21 consigna una pena atenuada — hasta límites inferiores al mínimo legal— para aquellos eventos en los cuales, por no darse alguna de las exigencias contempladas en las causales de exención de responsabilidad del Art. 20, se presentare un grado de responsabilidad restringido (menor culpabilidad).

Igualmente, también el Art. 22 anuncia una situación similar a ésta última, por razones de edad (más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años); finalmente, también se atenúa la sanción en el Art. 24 inciso 2º en materia de complicidad secundaria (menor injusto).

2.7. APLICACIÓN DE LA PENA ESTATAL EN UN ESTADO DE CARÁCTER PLURICULTURAL.

El estado de derecho es un concepto fundamental de la teoría política, que es utilizado con bastante frecuencia en trabajos de politología, derecho y otras ciencias sociales. Creemos que el reconocimiento oficial de los distintitos saberes jurídicos, propios de las comunidades campesinas, de las rondas campesinas y de las comunidades indígenas y el derecho occidental, bastaría para ser reconocidos en práctica como un verdadero Estado de carácter “pluricultural”⁸⁵.

La Constitución Política del Perú de 1993 vigente, en su artículo segundo de su cuerpo normativo reconoció la pluriculturalidad de nuestro país, dando lugar a la adopción del principio fundamental del respeto a la diversidad étnica y cultural, caracterizándose de esa forma como un estado integracionista. Así mismo se reconoce en su artículo 149°, que los pueblos indígenas administran justicia como parte del reconocimiento de la libertad y autodeterminación que tiene todo pueblo y conforme al reconocimiento que hacen las normas internacionales de Derechos Humanos.

En ese sentido señalamos que en el Perú existe una situación de pluralismo cultural, lingüístico y legal, como ahora la reconoce la Constitución Política de 1993. La introducción de los artículos 2° inciso 2) y el artículo 149° en la carta magna, y la ratificación del Convenio Número 169 de la Organización Internacional de Trabajo, han posibilitado superar el modelo etnocéntrico y monista sustentado por las constituciones republicanas y construir un modelo constitucional pluralista.

⁸⁵ Pluricultural es un término que no aparece en el diccionario desarrollado por la Real Academia Española (RAE). Sí se encuentran, en cambio, un concepto que funciona como su sinónimo: multicultural. Estos adjetivos refieren a aquello que se caracteriza por albergar o reflejar varias culturas. Por lo general, la noción de pluricultural se aplica sobre aquellos territorios en los que conviven diferentes tradiciones culturales, desarrolladas por varias etnias o grupos poblacionales. Un ejemplo de Estado Pluricultural es Bolivia.

Raquel Yrigoyen Fajardo (2012)⁸⁶ en su ponencia “*retos para construir un estado jurídico pluricultural*” señala que, el reconocimiento de la diversidad cultural, quiebra la idea del Estado-Nación tal como se entendía desde la fundación republicana, es decir que el Estado representaba a una nación, en el sentido de un pueblo homogéneo, con una identidad, cultura, idioma, religión (pág. 5 y ss.). El reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de pueblos y comunidades y de sus miembros, dentro del ámbito territorial, y reafirmando el reconocimiento del derecho consuetudinario ha hecho que se quiebra el modelo de monismo jurídico, y se constituya como un Estado de pluralismo legal interno, bajo el marco de los derechos humanos.

La suscripción de la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza por los gobiernos de la Comunidad Andina de Naciones ha sido el primer acto de política exterior del gobierno peruano. Este hecho ha marcado un hito muy importante en el esfuerzo por democratizar el país -y la región- teniendo en cuenta el carácter pluricultural de nuestros países. En efecto, cualquier propuesta de democratización, descentralización, vigencia de derechos humanos y participación ciudadana debe tener en cuenta este carácter so pena de legislar, como se hizo en el inicio de la vida republicana, de espaldas a la composición multicultural de la población y los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, se trata de un primer acto para reconciliar la institucionalidad legal con la sociedad plural. No puede haber una verdadera construcción de la democracia en América Latina sin el pleno reconocimiento de la diversidad y los derechos de los pueblos indígenas.

Este reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación es particularmente importante en una coyuntura de recuperación democrática, así como de posible revisión de la Carta Magna de 1993. “La Constitución es como la partida de nacimiento de los países pues es fundante de la forma del Estado y gobierno, los derechos individuales y colectivos, la relación

⁸⁶ Yrigoyen Fajardo R. (2012). *Retos para Construir un Estado Jurídico Pluricultural*. Lima Perú.

Estado-ciudadanía, y el rumbo de las políticas públicas” (Yrigoyen F, 2011, pág. 26 y ss.)⁸⁷.

A pesar de que el Perú es un país pluricultural, las constituciones se han hecho por lo general por élites capitalinas hispanohablantes, sin reflejar a profundidad la realidad multicultural, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas/campesinas, las necesidades de descentralización y las demandas de participación de la población. Igualmente, los instrumentos internacionales de la región por lo general han ignorado el carácter multicultural de nuestros países y los derechos de los pueblos indígenas. Por ello es importante también que la iniciativa de la Carta Democrática que impulsa el Perú ante la Organización de los Estados Americanos incorpore el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como un elemento constitutivo de la forma de la Democracia en la región.

Entre los temas sustantivos, uno fundamental es la incorporación del carácter pluricultural del Estado y la Nación en el propio Preámbulo de la Constitución, como parte de la definición constitutiva del mismo Estado. De otro modo, seguiremos reproduciendo el modelo de constituciones decimonónicas de corte individualista, sin consideración de la realidad multicultural de la población ni los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Mención importante merece señalar que el reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación, felizmente, ya es una tendencia en el constitucionalismo latinoamericano, pues más de una quincena de países han incorporado en sus Cartas dicho reconocimiento para superar el déficit de legitimidad de su origen. Como corolario del reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación debe incorporarse de modo expreso el reconocimiento del pluralismo lingüístico, cultural y legal. Ello incluye, por ejemplo, el derecho a la educación bilingüe intercultural y la oficialización de los idiomas aborígenes en los lugares en los que se hablan. Así, no sólo

⁸⁷ Raquel Yrigoyen Fajardo, (2011). *El Carácter Pluricultural del Estado*. Toronto.

se estaría dando cumplimiento al Convenio 169 sino que se estaría legitimando el Estado mismo.

El mencionado Convenio 169-OIT plantea que los pueblos indígenas ya no deben ser considerados objetos de políticas de asimilación o integración, sino que debe garantizarse su autonomía interna (control autónomo sus instituciones) y su derecho de participación en los diferentes niveles de decisión nacional. Este modelo de relación entre el Estado y los pueblos/comunidades indígenas/campesinas debe quedar reflejado en el nuevo texto constitucional como una forma de realizar la democracia en un contexto pluricultural. El reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación no sólo implica incorporar “un capítulo” de temas indígenas, sino repensar toda la institucionalidad en función de dicho carácter, para que la Constitución realmente refleje y represente los derechos de todos en un contexto de diversidad socio-cultural.

2.7.1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

El definir qué es un “pueblo” (art. 1°. 3 de la OIT)⁸⁸ indígena- la utilización del término “pueblos”, en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que implicancia alguna en lo que atañe a los derechos- y quién es un indígena es uno de los problemas más complejos y discutidos a los que se encuentra esta temática. Autores, organismos internacionales, los Estados y las propias Organizaciones Indígenas no han encontrado aún todavía, una definición que los satisfaga a todos por igual. En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala, que no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” “en el derecho internacional y la posición prevaeciente indica que, dicha definición no es necesaria para efectos

⁸⁸ Artículo 1° inciso 3) parte I. Política General del Convenio Internacional N° 169 de la OIT.

de proteger sus derechos humanos” (2009, pág. 9.)⁸⁹. El derecho Internacional de los Derechos humanos establece una serie de derechos individuales y colectivos específicos para los pueblos indígenas y de sus miembros (Sentencia Corte IDH, (2007), Serie C No. 172, párr. 96.)⁹⁰.

Sin embargo el derecho internacional, sí proporciona algunos criterios útiles para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como “pueblo indígena”. Esta determinación es de importancia crítica para el derecho internacional. Si bien ni los instrumentos interamericanos de derechos humanos, han determinado con exactitud los criterios para constituir un “pueblo indígena”, pues se han consagrado “criterios relevantes en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” (directrices, 2008. pág. 8)⁹¹.

En tal sentido el artículo 1°, inciso 1 considerando b) del Convenio 169 de la OIT define como pueblos indígenas a aquellos pueblos que se encuentran en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Así mismo el artículo 1.2 del mismo Convenio establece que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un

⁸⁹ Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*.

⁹⁰ Sentencia Corte IDH, (2007). *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁹¹Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008). *Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas*. <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG>.

criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

En la Guía de Aplicación del Convenio No. 169, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen:

- la continuidad histórica, se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización;
- la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y
- instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte.

El art. 1.2 del convenio 169 señala que “el elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena” (OIT, 2009, pág. 9)⁹², es decir es un criterio fundamental para la clasificación de un grupo como indígena.

2.7.1.1. En el Perú.

Carlos Zolla y Emiliano Zolla Márquez (2004)⁹³ afirman, que “los datos demográficos ofrecidos por los organismos especializados de los países de América no permiten obtener una cifra global confiable. Señalan asimismo que la razón estriba en que muchas de las naciones americanas no registran en sus censos la población indígena” (pág. 39), o bien, cuando

⁹² OIT, (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT

⁹³ Carlos Zolla, Emilio Zolla Márquez (2004). *Los pueblos Indígenas de México. 100 preguntas*. Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial. Primera Edición. México.

se la registra, se emplean criterios que no son comparables, además, las fechas de los censos que sí contabilizan la población indígena suelen diferir, entre países, hasta en siete u ochos años.

No obstante lo anterior, se estima que la población indígena de América habitan más de 400 pueblos indígenas. Se estima que viven 46 millones en la región, estimación en la que coinciden organismos como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE), el Instituto Indigenista Interamericano (III) o el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América y el Caribe⁹⁴.

De acuerdo al “I Censo de Comunidades Indígenas realizado en el año 1993”⁹⁵, indicó que la población indígena del país estaba compuesta por 8 millones de Quechuas, 603 000 de Aymaras, y 299 000 personas pertenecientes a los pueblos indígenas de la Amazonía, representando el 40% de la población peruana. Esta fue la única vez que se realizó éste tipo de censo en nuestro país, ya que no se incluyó ni una referencia alguna a la lengua materna o idioma hablado en el X Censo Nacional de Población 2005 que, en práctica llevó a la desaparición estadística de los pueblos indígenas. Sin embargo en el “XI Censo Población y de Vivienda 2007 del INEI, la población indígena en el Perú asciende a más de cuatro millones de habitantes”⁹⁶, ya que la lengua materna, fue el único criterio de identificación, a pesar del hecho de que “las organizaciones indígenas propusieron otros indicadores para la identificación de sus miembros” (Oswaldo P, 2013, pág. Sección política)⁹⁷.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ www.inei.gob.pe.

⁹⁶ <http://www.inei.gob.pe/bases-de-datos/>.

⁹⁷ Oswaldo Palacios, (2013). http://www.rpp.com.pe/2013-08-11--cual-es-la-realidad-de-los-pueblos-indigenas-en-el-peru-noticia_621192.html.

En tal sentido, podemos señalar que estos datos son de manera general, ya que no existen datos discriminados ni estadísticas precisas sobre la situación de las mismas e inclusive puede no existir información demográfica básica sobre su cantidad y ubicación que describan la situación exacta de los diferentes comunidades y de cada pueblo sobre por ejemplo en cuanto a su género y edad.

Como señalamos el Perú es un país pluricultural. Desde tiempos antiguos los territorios ocupados ahora por los peruanos, fue habitado por los diversos pueblos, cada uno con sus diferentes prácticas, costumbres y formas de concebir la vida y el bienestar.

Aunque admitimos que vivimos en país multicultural y pluriétnico, esto no implica el reconocimiento de las relaciones de equidad entre los diversos pueblos indígenas que habitan en nuestro país. Es más, la existencia de diversas culturas y pueblos originarios suele ser considerada un problema serio para el desarrollo y la prosperidad del país, o aun su viabilidad.

Con respecto a los pueblos indígenas del Perú, en el 2007 se observa que el departamento que registra el mayor número de ello es: Loreto (54,9%). En los últimos catorce años, se observa que en el departamento de Loreto, la proporción de pueblos indígenas creció en 4,9 puntos porcentuales, es decir, de 50,0% en 1993 a 54,9% en el 2007⁹⁸.

La suma de “los porcentajes no totaliza el 100%”⁹⁹, debido a que muchas comunidades pertenecientes a diferentes pueblos indígenas no hayan sido censadas por encontrarse muy alejadas o por encontrarse en más de un departamento. Así

⁹⁸ Ministerio de Educación- Digeibir. www.minedu.gob.pe.

⁹⁹ Ver Anexo Cuadro B.

como estas existen otras lenguas que no han sido estudiados el cual requiere de investigaciones especializadas para determinar si son dialectos o lenguas.

2.7.1.2. En la Región Loreto.

En la amazonia peruana en especial nuestra región Loreto, ha sido más factible que los pueblos indígenas y sus miembros mantengan su identidad pese al arrase abrumador y salvaje de la época del caucho, del balata, del palo rosa, del cuero y ahora del petróleo llamado oro negro, en tal sentido que hasta la actualidad la mayoría de los pueblos indígenas de esta región mantiene sus costumbre, su idiomas tradicionales.

En el Censo Nacional del INEI 2007, se pudo apreciar que existen algunos pueblos indígenas que se denominaron como nativos no visibilizados que han preferido a mimetizarse durante muchos tiempos con los campesinos ribereños y ocultar su identidad como indígena. Los casos más conocidos son los del pueblo Kukama y otros como los del pueblo Iquitu del cual se dice que se extinguió éste último pueblo.

Los Awajun o aguarunas es uno de los Pueblos con mayor auto-identificación étnica de la Amazonía peruana y de nuestra región Loreto, lo que les permite tener mayor cohesión interna, que les ha servido para rechazar exitosamente todas las influencias externas y lo que hay que agregar que es una sociedad guerrera por antonomasia que ha dado además líderes de nivel mundial como Evaristo Nugkuag Ikanan premio Nobel alternativo de la Paz 1994.

Hoy en día muchos miembros de los pueblos indígenas de la región Loreto, enfrentan el impacto de la colonización y de la

sociedad occidental que piensa que para ser reconocidos como ciudadanos, deben de adoptar y adaptarse al modelo del sistema occidental.

Según los resultados definitivos del II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 2007, Loreto es uno de los departamentos que reúne la mayor diversidad de pueblos indígenas u originarios, sin embargo a la fecha no sabemos la exactitud de su población indígena que alberga en su territorio¹⁰⁰.

2.7.2. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ.

2.7.2.1. Aspectos Históricos.

Las causas del llamado descubrimiento de América fueron diversas, entre las que están las economías políticas y sociales que incluyeron como por ejemplo la religión y el sistema jurídico, en un mundo distinto, con una cosmovisión muy diferente a los hombres que llegaron del viejo mundo, por ello en el transcurrir de los años se produjeron un sin número de situaciones de desconocimientos de Derechos y porque no decir hasta de humanidad de los hombres americanos.

Conforme lo recuerda Pablo Macera (1984)¹⁰¹, “la Corona española tenía como idea central de que los hombres encontrados en América Latina eran seres humanos desvalidos y necesitaban del cuidado de los españoles, pero a su vez que los españoles podían servirse de estos indios, por ello dieron leyes de protección a los indígenas, pero nunca de

¹⁰⁰ Ver Cuadro del anexo C.

¹⁰¹ Pablo Macera, (1984). *Historia del Perú 2. La Colonia-Libro viejo*. Editorial: Wirakipu. Lima.

reconocimiento de su humanidad y de sus derechos (pág. 112 y ss.), y como siempre ocurría, estas leyes nunca se cumplían porque el Rey y la Reina estaban tan lejos que no se enteraban de lo que pasaba en sus colonias.

Nuestro país no fue la excepción en estos tratos que se dieron en aquellos tiempos de la conquista y de la colonia, ya que desde la llegada de los españoles al Perú, se desconoció instituciones sociales, económicas, políticas y jurídicas de lo que eran las culturas nativas, con la única finalidad de expropiar su patrimonio y entre ellas se ha desconocido su derecho como indígena y como parte de ellos los derechos que los asisten como sujetos de derecho, y los tratos que se deben de brindarse cuando un miembro de un pueblo indígena es sometido en fueros judiciales, no obstante esta situación, todas estas lagunas se ha mantenido de manera soterrada. Sin embargo podemos mencionar que “existieron personas que desde ese momento se atrevieron a cuestionar la doctrina oficial de los conquistadores como el Pintor Durero, el Fraile Victoria entre otros, que plantearon la necesidad del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas”¹⁰², lo que hizo efecto en la Reina y el propio jefe de la iglesia Católica.

Nelson Manrique (2009)¹⁰³ señala que “al fundarse la República, el propósito inicial de los libertadores fue constituir una comunidad nacional que integrara a los indígenas a la ciudadanía. Con esa intención, el general José de San Martín decretó que se sustituyera el apelativo de “indio” por el de “peruano”. Pero la posición social de los criollos, que impulsaban la independencia de América Latina con relación

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Nelson Manrique (2009). *Pueblos Indígenas: Rezagos de una monarquía, en Pobreza, Desigualdad y Desarrollo en el Perú*. Lima-Perú.

a los indios, planteaba problemas complejos” (pág. 2 y ss.). En su famosa Carta de Jamaica (1815), el general Simón Bolívar señaló de manera descarnada el conflicto: “(los criollos) no somos indios, ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles; en suma, siendo nosotros americanos por nacimiento, y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar éstos a los del país, y que mantenernos en él contra la invasión de los invasores; así nos hallamos en el caso más extraordinario y complicado».

Los criollos peruanos que rompieron con España no estaban interesados en destruir las estructuras coloniales de dominación sino que pensaban en usufructuarlas en su propio beneficio. En un sentido, la condición social de los indígenas empeoró con la República. La supresión de los títulos nobiliarios que decretó Bolívar terminó de liquidar los liderazgos étnicos indígenas, los curacazgos y la estructura de poder a través de la cual los indios se articulaban con la sociedad mayor. Desaparecida la nobleza indígena, la condición social de “indio” terminó equiparándose con la de “pobre”, y los indios terminaron relegados a lo más bajo de la estructura social.

Los libertadores soñaban con una República de pequeños propietarios independientes y la comunidad de indígenas aparecía como una traba para conseguir este objetivo, por lo que se la despojó de reconocimiento legal, que a lo largo del siglo XIX, y principios del XX, despojaron a las comunidades campesinas de sus territorios, arrinconándolas a las peores tierras.

Es indudable que hoy en día ya se reconoce como una realidad ineludible la existencia de los pueblos indígenas y de su

miembros así como sus derechos, esto a partir de la experiencia de la Justicia Comunal, de las comunidades y rondas Campesinas, a partir de los conflictos generados como el mal llamado *El Baguazo*; sin embargo ello ha generado un sin número de situaciones que aún no son claras para la actual sociedad occidental y de sus sistemas dominantes, que se resiste a creer en una sociedad homogénea, argumentándose en la constitución política del Estado, que todos como personas somos iguales ante la ley y que por ello todos estamos obligados a ser sometidos y juzgados por un solo sistema jurídico implantado por el gobierno,

En 1989, la Organización Internacional del Trabajo adoptó el convenio sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, desde entonces dicho convenio ha sido ratificado por 20 países, en ellos lo “órganos de control de la OIT”¹⁰⁴ - no son órganos de Control Jurisdiccional; sin embargo el art. 33 de su constitución de la OIT, establece medidas coercitivas. Los principales órganos de Control de la OIT son: La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones (CEACR); La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia; El Comité de Libertad Sindical - han monitoreado y guiado el proceso de implementación a través del examen regular de memorias y el aporte de comentarios a los gobiernos en cuestión. Asimismo en 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. “El proceso de implementación de ambos instrumentos es en gran medida el mismo, y las experiencias generadas hasta ahora en el contexto del convenio número 169 de la OIT”¹⁰⁵ pueden hasta cierto grado servir para inspirar las medidas adicionales que deben tomarse para implementar la Declaración.

¹⁰⁴ Kirsten-Maria Schapira-F. (2009). *Los órganos de Control de la OIT*. Santiago-Chile.

¹⁰⁵ Ídem.

2.7.3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE SUS MIEMBROS.

2.7.3.1. Aspectos Generales

La Constitución Política del Perú se ha inspirado y articulado en función a la defensa de la persona humana y al respeto de su dignidad. Es decir, “la razón y el fundamento de la existencia de la sociedad y del Estado es el ser humano” (artículo 1° inciso a) de la Constitución política del Perú). En ningún modo entendemos solamente al ser humano como un ser individual y personalizado sin relación alguna con otros seres humanos y en relación al entorno social, por el contrario, asumimos que dentro de este concepto de ser humano cabe tanto el individuo unipersonal, individual, como al grupo de seres humanos que mantienen o conforman relaciones que perviven al paso de los años.

La Constitución Política al referirse a ser humano, también comprende en consecuencia a los seres humanos que forman relaciones sociales, económicas, políticas, culturales y de otra índole, en este caso, comprendemos a los pueblos indígenas o pueblos originarios, quienes están unidos por lazos de lengua, sangre, historia, territorio, entre otros aspectos. A ellos se les reconoce derechos colectivos además de los denominados derechos individuales, que forman parte del bloque de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente.

2.7.3.2. Definición de los Derechos Humanos.

José Gregorio Nava (2012)¹⁰⁶, señala que los “derechos humanos se conciben como el reconocimiento positivizado de aquellos atributos vinculados al valor dignidad humana” (Pág. 2 y ss.). El Dr. Álvarez Álvarez (2005)¹⁰⁷, afirma que “los derechos humanos son un conjunto de principios y garantías básicas para el ser humano, representados por afirmaciones o ratificaciones del valor de dignidad y el respeto de la persona frente al Estado” (T. II. Pág. 21 y ss.). Este autor citado califica a los derechos humanos como derechos supraestatales que emanan de la propia naturaleza del hombre. Asimismo Sánchez Romero (2006)¹⁰⁸, señala desde un contexto general que, “los derechos humanos son derechos inalienables y pertenecientes a todos los seres humanos, necesarios para asegurar la libertad y el mantenimiento de una calidad de vida digna y están garantizados a todas las personas en todo momento y lugar” (Pág. 19 y ss.). En esta definición dada por Sánchez podemos apreciar que el autor desprende una de las características más representativas de los derechos, es decir su característica de ser inalienable.

En tal sentido podemos manifestar que los Derechos Humanos son derechos inherentes a la calidad de ser humano. Todo ser humano ha de tener la posibilidad de gozar de estos derechos sin ninguna distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra clase, origen nacional o social, propiedad, nacimiento o cualquier otra condición. Las garantías de estos derechos humanos son establecidas por la

¹⁰⁶ Gregorio Nava, J. (2012). *Razón y Palabra*. Revista Electrónica www.razonypalabra.org.mx. Caracas- Venezuela

¹⁰⁷ Álvarez Álvarez, A. (2005). *Jurisprudencia Sala Constitucional*. Ediciones Homero. Tomo I Caracas. Venezuela.

¹⁰⁸ Sánchez Romero, M. (2006). *Derechos Humanos. Constitución Códigos Leyes Reglamentos Convenios Venezolana*. Editorial Buchivacoa. Caracas – Venezuela.

normativa en la materia que protege a los individuos y a las colectividades contra las medidas que vulneren las libertades fundamentales y la dignidad humana. Estas garantías tienen expresión en los tratados, en el derecho internacional consuetudinario y en las declaraciones de principios, así como en otras fuentes de carácter jurídico. Toda persona goza de estos derechos en su calidad de ser humano.

2.7.3.3. Los Tratados Internacionales.

Los derechos de los pueblos indígenas se establecieron en tratados y en declaraciones internacionales, en los cuales el Perú firmo y ratifico un tratado internacional, sobre los pueblos indígenas como es el convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define el término “tratado” como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en documento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art. 1° de la Convención de Viena)¹⁰⁹.

Un Estado puede llegar a ser parte en un tratado mediante ratificación o adhesión.

Ratificación

Comprende dos actos de procedimiento: en el plano interno se necesita la aprobación del órgano competente (por el común, el jefe de Estado o el parlamento). En el plano Internacional, el instrumento de ratificación se transmite oficialmente al encargado del depósito del instrumento. Éste puede

¹⁰⁹ Convención de Viena, (1980). *Sobre El Derecho De Los Tratados*. Entró en vigor el 27 de enero de 1980.

Adhesión

depositarse en un Estado o en una organización internacional, por ejemplo, en las Naciones Unidas.

Es la aceptación de las obligaciones convenidas en un tratado por un Estado que no ha firmado previamente el instrumento. La ratificación de un tratado por un Estado puede hacerse antes o después de su entrada en vigor. La misma observancia se aplica a la adhesión.

En algunos Estados los tratados tienen un rango superior al de las leyes internas, en otros, los tratados tienen la categoría de la ley constitucional; por último, en ciertos Estados, solo algunas de las disposiciones de un tratado pasan a formar parte del ordenamiento interno.

Los principales instrumentos internacionales vigentes dedicados específica y exclusivamente a los derechos de los Pueblos Indígenas son:

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 7 de junio de 1989 y ratificado por el Perú en el año 1996.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de septiembre del año 2007.

El primero es un tratado vinculante para los países o Estados miembros ratificantes y la Declaración, si bien no es un instrumento imperativo para los Estados adoptantes, es un mecanismo aceptado y de observancia por los mismos y los organismos internacionales. La importancia de este avance

radica en que los Pueblos Indígenas no solo representan- con frecuencia- la mayoría de la población de un país sino que además tienen una identidad cultural propia que es invisible en los instrumentos pensados para proteger a las minorías.

2.7.3.4. El Convenio 169 de la OIT y su definición.

En principio la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es un organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas (ONU). “La OIT fue el primer organismo Internacional que se interesó por la situación de los Pueblos Indígenas, para mejorar sus condiciones de trabajo y de vida, ya que en aquella época el trabajo forzado afectaba particularmente a los Pueblos Indígenas” (Alberto Gómez, 2010, pág. 11 y ss.)¹¹⁰. En 1957, la OIT adoptó el Convenio N° 107 sobre poblaciones Indígenas y tribales en países independientes. Este convenio fue el primer instrumento internacional que consagro derechos de los Pueblos Indígenas y las correspondientes obligaciones para los estados que lo “ratificaran”¹¹¹.

Sin embargo, treinta años más tarde, la OIT tenía una mirada diferente sobre la realidad de los pueblos indígenas y decidió revisar “el Convenio N° 107”¹¹², dadas las amplias críticas a su terminología condescendiente y paternalista y a su enfoque integracionista. Es así que en junio de 1989, la Conferencia Internacional de Trabajo decidió aprobar el Convenio N° 169 sobre pueblos Indígenas y tribales en países independientes. A la fecha, “el convenio ha sido ratificado por 22 países, la

¹¹⁰ Alberto León Gómez, (2010). *Derecho Laboral y OIT Comentado*.

¹¹¹ La ratificación es el acto por medio del cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

¹¹²Es importante anotar que el convenio N° 107 sigue vigente para aquellos países que lo ratificaron y que aún no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT.

mayoría de ellos en América Latina”¹¹³ como Argentina, Guatemala, Estado Plurinacional de Bolivia, Honduras, Brasil, México, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominicana, Ecuador, España, Fiji, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Bolivariana de Venezuela, República Centroafricana.

El Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales, es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre su tierra y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.

2.7.3.5. Carácter Vinculante del Convenio 169 de la OIT.

Las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, son de obligatorio cumplimiento para los países que lo han ratificado. En consecuencia, “los estados deben de adecuar la legislación nacional para desarrollar el Convenio al interior de sus países. Esto implica derogar todas las normas que sean contrarias al Convenio y aprobar las que hagan falta para aplicarlo. Sin las medidas normativas y legislativas no son suficientes, los Estados deben tomar otras medidas, tales como adoptar políticas públicas que tengan en cuenta los derechos y la perspectiva de los Pueblos Indígenas” (Ruíz M, y Roel A. 2011, pág. 20 y ss.)¹¹⁴.

¹¹³Ver: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>.

¹¹⁴ Ruíz Molleda, Juan C., y Roel Alva, J. A. (2011). *Manual para defender los derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima- Perú.

La relación entre el derecho interno y el derecho internacional está regulada por *el principio de vinculación* del ordenamiento interno al ordenamiento internacional. Ninguna norma del ordenamiento interno puede contravenir una norma internacional de un tratado internacional que conforma el ordenamiento. Con toda prescindencia de la jerarquía –legal o constitucional- que la Constitución atribuya a un tratado, la vinculación del Estado a un tratado implica la sujeción de todo poder público de modo que ninguno de éstos puede establecer normas o expedir actos que lo infrinjan. El principio *pacta sunt servanda* (Art. 26°)¹¹⁵ lo impide categóricamente.

Asimismo es importante señalar que no solo la característica de un Tratado o por ser un Tratado Internacional hace obligatoria su aplicabilidad y por ende vinculable al convenio 169 de la OIT a nuestro país en las decisiones de los Jueces, sino que además la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también vincula a los Jueces, para que estos interpreten conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos y en respeto de la Convención de Viena, sobre el derecho de los Tratados. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha señalado (STC N° 00007-2007-PI/TC, pág. 36 y ss.) que¹¹⁶:

«Al Tribunal Constitucional [...] no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso».

¹¹⁵ Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹¹⁶ STC EXP. N° 00007-2007- PI/TC.

2.7.3.6. Rango Constitucional del Convenio 169 de la OIT según el Tribunal Constitucional del Perú.

Los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango Constitucional y son parte del derecho interno. Ello es pertinente señalarlo por el convenio 169 de la OIT, es un tratado internacional de derechos humanos. “Si bien cuando revisamos nuestra Constitución Política del Perú vigente, no la reconoce expresamente y de forma literal en su contenido que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango Constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática” (Borowski M., 2003, pág. 104 y ss.)¹¹⁷, de la Constitución, de conformidad con los “*principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica en consonancia*” (STC Exp. 5854-2005-PA/TC, pág. 12 b) y STC Exp. 04747-2007-HC/TC, pág. 5)¹¹⁸ con la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.

En este aspecto el Tribunal Constitucional ha señalado que “habiéndose aprobado el Convenio 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional, tal como lo explica el artículo 55° de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tratado Internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes” (STC, 03343-2007-PA/TC. Fundamento Jurídico 31)¹¹⁹.

¹¹⁷ Borowski Martin, (2003). *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Lima-Perú.

¹¹⁸ STC EXP. 5854-2005-PA/TC. *Principio de Concordancia Práctica*; (STC EXP. N° 04747-2007-HC/TC. *Principio de Unidad de la Constitución*).

¹¹⁹ STC N° 03343-2007-PA/TC. Reitera dicho fundamento en la STC. N° 00022-2009-PI/TC.

Con lo expuesto del Tribunal Constitucional y conforme el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú, donde se reconoce de manera general que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del derecho nacional, es decir que los TIDH son derechos internos, entonces entendemos que ello significa, que es un derecho directamente aplicable. Considerando que el artículo 3° de nuestra Carta Magna, el mismo que reconoce que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, tales como derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio 169 de la OIT. “Entiendo en tal sentido que todos los derechos humanos se desprenden de la dignidad humana, con lo cual queda claro, que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos” (Revista, 2006, pág. 162-164.)¹²⁰.

2.7.4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

La Supremacía Constitucional se ha venido redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales.

El control de convencionalidad, desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que deben ejercer, incluso, de oficio, los Tribunales y Salas constitucionales de

¹²⁰ Actualidad Jurídica N° 157. (2006). *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y su Aplicación*. Lima-Perú.

Latinoamérica les plantea a estos órganos nuevos retos y desafíos en el ejercicio de sus funciones de fiscalización constitucional.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye otorgar la jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es así que establece en el artículo 55° de la Constitución Política del Estado que, “los tratados en vigor forman parte del derecho interno, asimismo, la cuarta disposición final y transitoria, otorga a los derechos consagrados en la Declaración Universal De Derechos Humanos y en los tratados de Derechos Humanos la calidad de principios de interpretación de los Derechos que nuestra constitución política reconoce”¹²¹, lo que determina la especial relevancia del contenido y alcance de los derechos consagrados en el marco internacional, por parte de los órganos que los interpretan. El artículo 205° de nuestra Carta Magna consagra el derecho fundamental que tiene una persona de acudir a los órganos internacionales de protección establecidos en los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte, cuando considere que su derecho no ha sido debidamente tutelado en la jurisdicción interna.

2.7.4.1. Definición del Control de Convencionalidad

El control de convencionalidad ha sido creado pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y es una Técnica de Control Normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como la Convención de Americana de Derechos Humanos (CADH) y otros que los jueces nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectúan a fin de determinar la conformidad del

¹²¹ IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993.

Derecho Interno de los Estados a los estándares impuesto por las obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que han sido asumidos por ellos mismos.

En tal sentido, a partir de la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros con el Gobierno de Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su considerando 124° estimó lo siguiente: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (STC de la CIDH, 2006, pág. 53.)¹²². En otras palabra, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Asimismo, la CIDH en el considerando 125° indicó que el “control de convencionalidad” tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional¹²³, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar

¹²² STC CIDH, (2006). Caso: *Almonacid Arellano y otros con el gobierno de Chile*.

¹²³ Ídem.

para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27° de la Convención de Viena sobre los Tratados.

2.7.4.2. Manifestaciones del Control de Convencionalidad.

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter *concentrada* aplicada por parte de la Corte Interamericana en sede internacional; y otra de carácter *difusa* impartida por los jueces nacionales, en sede interna.

2.7.5. DERECHO DE LOS INDÍGENAS ANTE LA JUSTICIA ESTATAL ORDINARIA.

Creemos que cuando hablamos de las autoridades judiciales, nos referimos específicamente de los operadores judiciales, de su independencia y de imparcialidad, al momento de decidir sobre el futuro de la situación jurídica de las personas cuando se encuentran inmersos en procesos de distintos casos de investigación.

Con respecto a los derechos que les asiste a los miembros de los pueblos indígenas, no se trata de que busquemos que se brinde un privilegio en los procesos judiciales, para favorecer o para eximir de cualquier responsabilidad penal, sino que, las autoridades operadores judiciales de nuestra región, cumplan con el deber obligacional que impone el Convenio Internacional de la OIT en su artículo 8°; 9°; 10° que están relacionados específicamente a las directrices que deben tomar en cuenta los tribunales y las autoridades judiciales, cuando se encuentre frente un caso que involucre a miembros de los pueblos indígenas, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de estos miembros.

Respecto de la relación de los Pueblos Indígenas con los sistemas de justicia estatales, los Estados deben garantizar, sin ningún tipo de discriminación, la aplicación correcta de los procedimientos legales a los miembros de las comunidades indígenas.

Asimismo, deberán tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos Pueblos puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos; para ello les facilitarán, “cuando fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces para lograr la comprensión de los procedimientos”¹²⁴. Adicionalmente, los Tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta la costumbre de dichos Pueblos y cuando haya lugar a la imposición de una pena deberán tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y “dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”¹²⁵.

En la Observancia General N° 31, sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, “el Comité para la eliminación de la discriminación racial, con respecto a las personas pertenecientes a los pueblos indígenas, señaló que los Estados deben favorecer la aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad y de otras sanciones mejor adaptadas a su sistema jurídico” (Observancia General 31 párr. 6)¹²⁶.

En tal sentido es preciso y fundamental conocer sobre los alcances de los artículos mencionados de este Tratado Internacional, para que no vuelvan a repetir como dice Carlos Rivera Paz (2012)¹²⁷, el proceso de judicialización de los crímenes de los derechos humanos ocurridos en la época del noventa, en la época del caucho, aun cuando nuestro país

¹²⁴Ar. 12° del Convenio 169 de la OIT.

¹²⁵Art. 10° del Convenio 169-OIT

¹²⁶Comité para la eliminación de la Discriminación Racial- Observancia General 31.

¹²⁷ Carlos Rivera Paz, (2012). *Balance de la Justicia y de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú del 2011*. Justicia Viva. Lima.

ya había ratificado el Convenio, por parte de los operadores judiciales en nuestra Región Loreto (pág. 112 y ss.). En tal sentido a continuación intentaremos precisar el marco normativo que deben tener en cuenta los operadores que administran justicia cuando se encuentren frente a un caso que involucre a personas pertenecientes a pueblos indígenas.

2.7.5.1 Análisis del Artículo 8° del Convenio 169 de la OIT.

Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario...

Muchos pueblos indígenas y tribales tienen sus propias costumbres y prácticas, que forman su derecho consuetudinario. Su evolución a través del tiempo ha contribuido a mantener una sociedad armoniosa.

Para aplicar esas costumbres y prácticas, los pueblos mencionados suelen tener sus propias estructuras institucionales, como organismos o consejos judiciales y administrativos, cuyas reglas y normas aseguran el cumplimiento de este derecho consuetudinario. Con frecuencia se sancionan las infracciones, cada una de las cuales suele tener un castigo específico.

El Convenio reconoce el derecho de estos pueblos a tener sus costumbres propias y su derecho consuetudinario. “Establece que, al aplicar las leyes nacionales, se tomarán en consideración esas costumbres y normas consuetudinarias particulares” (Lee Swepston, 2003, pág. 26 y ss.)¹²⁸.

¹²⁸ Lee Swepston, Graciela J. Francesca T., y Finn A. Copyright © Organización Internacional del Trabajo, (2003). *Un Manual Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*.

Esta disposición ha sido incorporada al derecho nacional de México, cuyo código penal federal, por ejemplo, dispone que en los tribunales que procesen a una persona perteneciente a un grupo étnico indígena, se tendrán en cuenta sus costumbres y tradiciones (recomendaciones de la OIT, pág. 434 y 435)¹²⁹.

Es así que “las Naciones Unidas han promovido la adopción de instrumentos internacionales en los que se consignan principios básicos y directrices sobre la función de las partes procesales”¹³⁰, en relación con la protección y garantía de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Entre dichos instrumentos se pueden mencionar las Directrices sobre la Función de los Fiscales.

Las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales, si bien no constituyen en estricto sentido un instrumento de derechos humanos, contienen disposiciones muy importantes que están relacionadas con la intervención de los fiscales en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los procesos judiciales.

Dicho instrumento contiene directrices sobre la calificación, selección y capacitación de personal, el ejercicio de la libertad de expresión y asociación de los fiscales, la función de los fiscales en el procedimiento penal, las alternativas de enjuiciamiento, las facultades discrecionales y las actuaciones disciplinarias.

Se dispone que las personas que ejerzan funciones de fiscales deben ser ante todo probas, idóneas y con formación y calificación adecuadas al cargo, para lo cual los Estados deben

¹²⁹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT Constitución mexicana de 1991, (1995). Ginebra; págs.

¹³⁰ Las Directrices sobre la Función de los Fiscales (1990). La Habana-Cuba.

establecer criterios de selección que contengan salvaguardias contra las designaciones basadas en predilecciones, prejuicios o discriminaciones.

La actuación de los fiscales deberá responder a la obligación de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento nacional e internacional en favor de las víctimas y de los imputados.

Florentino Fernández (2012)¹³¹ nos señala, que según las Directrices de las Naciones Unidas, los fiscales deberán cumplir funciones de conformidad con la ley, “con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal” (pág. 64 y ss.). Deberán, además, desempeñar sus funciones de manera imparcial evitando todo tipo de discriminación por motivos políticos, religiosos, raciales, de género o de otra índole; protegerán el interés público y actuarán en toda circunstancia con objetividad, teniendo en cuenta la situación del imputado y de la víctima, prestando atención a todas las circunstancias del caso, independientemente de que sean o no ventajosas para el imputado.

Este instrumento internacional es también de mucha utilidad para los operadores judiciales y particularmente para los que ejercen la función de fiscales en los procesos judiciales.

Asimismo Fernández habla sobre los Principios Básicos que tienen los Abogados en el ejercicio de su función los cuales

¹³¹ Florentino Fernández, (2012). *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*. 8ª Edición. Fundación Editorial Univer., del Rosario. Bogotá

también fueron aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y —de la misma forma que las Directrices sobre la Función de los Fiscales— contienen importantes disposiciones aplicables al ejercicio de la profesión de los abogados, especialmente en materia penal.

Los Principios Básicos reconocen en primer lugar el derecho de toda persona a recibir asistencia de un abogado de su elección para que lo defienda y demuestre sus derechos en todas las fases del procedimiento penal. Se reconoce el derecho de acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada, sobre el derecho a la defensa y a la asistencia letrada de abogado, incluso, se reconoce el derecho de las personas de escasos recursos económicos y otras personas desfavorecidas a disponer de un abogado gratuito proporcionado por el Estado, con la cooperación de las asociaciones de profesionales.

En razón de tales principios, toda persona detenida en condición de ser humano, tiene derecho a ser informada de que puede ser asistida por un abogado de su elección, y a que el abogado que vele por sus derechos sea una persona competente e idónea según el caso de que se trate. El abogado defensor debe disponer del tiempo y de las condiciones necesarias para la defensa, comunicarse de forma plenamente confidencial con la persona detenida, sin interferencia, censura y sin demora, aun cuando puede ser vigilada por la autoridad pero sin interferir ni escuchar la conversación.

Los Principios Básicos de las Naciones Unidas exigen formación y preparación técnica jurídica adecuada de los abogados, y que en su educación se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas y de respeto a los derechos

humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico interno e internacional.

Como señala Salgado Juan M, (2006) este artículo 8° inciso 1) del Convenio 169 de la OIT, se refiere a las relaciones entre el derecho propio de los pueblos indígenas y el derecho nacional del Estado y constituye una guía para allanar las dificultades de comunicación entre aquellos y el sistema judicial ordinario, dejando de lado el concepto hegemónico al derecho Estatal como manifestación absoluta del poder sobre los demás organizaciones sociales. Con estos cambios las relaciones entre la legislación nacional y las propias normas indígenas deben juzgarse según los criterios de la diversidad cultural y no de la hegemonía de una cultura sobre la otra (pág. 116 y ss.)¹³².

En tal sentido este artículo establece que la aplicación del derecho estatal deberá tomar en consideración la especificidad indígena.

Salgado, nos manifiesta que este artículo alude a los casos en que se aplique la ley general a los pueblos indígenas. La «*Legislación nacional*» se refiere al derecho tradicional del estado o derecho no-indígena, sea de origen nacional, provincial o municipal, aunque no es afortunado denominarlo de aquel modo ya que al reconocerse el propio derecho indígena éste también tiene status de legislación nacional¹³³.

Tomar «debidamente en consideración» (párrafo 1) conjuntamente con el «derecho de conservar sus costumbres e instituciones » (párrafo 2) implica que los órganos estatales

¹³² Salgado Juan Manuel, Adriana Beatriz Latashen, (2006). *El convenio 169 de la OIT: comentado y anotado*. - 1a ed. Universidad Nacional del Comahue. Neuquén-Argentina.

¹³³ *Ibidem*.

(incluidos los judiciales) tienen que atender en primer lugar a las propias normas indígenas y que en los casos en que decidan hacer prevalecer el derecho estatal se encuentran obligados a fundamentar su apartamiento de las costumbres o derecho indígena mediante argumentos congruentes con el espíritu del convenio. En materia penal, “en los casos de juzgamiento de miembros de los pueblos indígenas por los tribunales estatales, la norma obliga a adecuar la teoría del delito de modo de tener en cuenta las diferencias culturales (Becerra N. 1997, pág. 23)¹³⁴.

2.7.5.2. Análisis del Artículo 9° de Convenio 169 de la OIT.

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.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

La norma en su primer se refiere a los conflictos internos entre miembros de pueblos indígenas y es de aplicación directa aun cuando no haya sido reglamentada. “Ante la prueba de que en el caso se han aplicado, y la comunidad desea aplicar métodos tradicionales de resolución de conflictos, los órganos penales del Estado deben abstenerse de actuar” (Salgado J. 2006, pág. 124)¹³⁵.

¹³⁴ Becerra Nicolás, (1997). *Derecho penal y Diversidad Cultural*. Buenos Aires-Argentina.

¹³⁵ Salgado Juan Manuel, (2006). *El convenio 169 de la OIT: comentado y anotado*. Argentina.

Con relación al segundo párrafo siguiendo con las ideas de Juan Manuel Salgado debemos señalar que la comprensión del derecho indígena es imprescindible destacar que la división entre derecho penal (público) y derecho civil (privado) no es fácilmente adaptable a las organizaciones sociales no estatales como las indígenas. La concepción penal occidental moderna se forma conjuntamente con el nacimiento de los estados, asumiendo que hay conductas antisociales que ofenden directamente a la autoridad pública de modo que ésta debe intervenir castigando a los autores, independientemente de la voluntad de las víctimas privadas.

Por ello, las ideas penales clásicas resultan de difícil traducción a contextos sociales no estatales en donde la principal preocupación que guía al tratamiento de las conductas dañinas para la comunidad es el restablecimiento de la concordia, para lo cual normalmente se apela a la responsabilidad colectiva de la familia del autor, que se hace cargo de reparar o compensar el daño y garantizar que no se repetirá. Lo que en el sistema penal del Estado es la primera (y generalmente única) vía de aproximación al conflicto, la aplicación de una pena al infractor, entre los pueblos indígenas suele ser la última e indeseable decisión (muestra de un fracaso en restablecer la convivencia social voluntaria).

Con esta apreciación, puedo señalar que la norma no busca el privilegio de los miembros de los pueblos indígenas, o con el fin de apartarse del Sistema Jurídico Nacional del Estado, es decir de la legislación penal común, o buscando violar el principio de la igualdad ante ley, sino, lo que pretende la norma internacional, es el reconocimiento de la diversidad cultural, con el fin de disolver las diferencias y el concepto homogéneo-monista jurídica que tienen una cultura de mayor población y

el Estado. Como dice Bidart Campos (1996)¹³⁶, «nada hay más desigualitario y, por ende, violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable también las que derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento configura la identidad de una o más personas» (pág. 1206).

El segundo párrafo, que obliga a «tener en cuenta las costumbres» indígenas en las cuestiones penales se aplica tanto a los casos internos de una comunidad que no caigan dentro del párrafo anterior como a todos los demás supuestos en que concurren miembros de los pueblos indígenas (ya sea como imputados, como víctimas o como querellantes). Si bien el párrafo se refiere a las costumbres en materia penal, ello no implica dejar de tener en cuenta el conjunto de la cultura indígena, no sólo por aplicación del artículo 8.1 sino porque además la división del derecho en ramas (penal, civil, etc.) no suele encontrar equivalentes en las culturas indígenas.

Dice Becerra (1997)¹³⁷ que la primera consecuencia «del reconocimiento ‘jurisdiccional’ de la diversidad cultural es que ella pase a formar parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado como base ideológica del sistema penal». De allí que tanto la teoría del delito como las penas deben adecuarse a los parámetros que impone el reconocimiento de la diversidad cultural (pág. 34).

En tal sentido, soluciones conocidas en la dogmática como la adecuación social del tipo, el error culturalmente condicionado y la «no exigibilidad» de otra conducta, pueden constituir herramientas teóricas que permitan abrir el pensamiento penal a la realidad propia de los pueblos indígenas. La cuestión no

¹³⁶ Bidart Campos, G. (1996). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas Argentinos*. Buenos Aires.

¹³⁷ Becerra N. (1997), *Derecho penal y Diversidad Cultural*. Buenos Aires-Argentina.

resulta en absoluto meramente académica si se tiene en cuenta que en muchas regiones del país los miembros de los pueblos indígenas se cuentan entre los sectores de mayor vulnerabilidad social, afectados por la conocida selectividad del sistema penal.

En todos los casos, la autoridad estatal (que incluye policías, fiscales, defensores y jueces) debe considerar aún de oficio las costumbres indígenas. Ello no le obliga directamente a emplearlas pero -en virtud del artículo 8.1- la falta de aplicación de dichas normas debe ser debidamente fundamentada. Como no se presume que los funcionarios estatales conozcan las costumbres indígenas, se impone que prácticamente en todos los casos se requieran informes brindados por las autoridades de cada pueblo o pericias antropológicas, salvo en supuestos incontrovertidos de conocimiento público.

Lo que hace mucha falta en nuestro país a diferencia de otros países como de Ecuador, Bolivia, Guatemala, en nuestro sistema formal, es decir en el Sistema de administración de Justicia occidental o cristiano, es que no hay esfuerzo por parte de las autoridades del sistema formal en facilitar intérpretes a los indígenas ante los tribunales y no existe número mínimo de indígenas que están empleados en el sistema de justicia estatal. Sin embargo “en otros países esta tendencia se observa por ejemplo en Guatemala, se destacan temas como el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y el respeto de sus propias formas tradicionales de ejercer la justicia, el reconocimiento constitucional de los derechos originarios y el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y gobiernos de garantizar su

ejercicio, entre estos el derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas indígenas, a su crecimiento y transformación”¹³⁸.

2.7.5.3. Análisis del artículo 10° del Convenio 169 de la OIT.

Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

La norma se deriva del principio de no discriminación. “Como las penas fueron concebidas en el contexto cultural de la sociedad dominante para ser impuestas a los miembros de esta sociedad, su aplicación a los pueblos indígenas suele importar un sufrimiento mayor, violatorio de la igualdad ante la ley, porque al hecho de la sanción se agrega el mayor padecimiento ocasionado por el desarraigo cultural” (Salgado J. 2006 pág. 132)¹³⁹.

Dice Becerra «El daño de la cárcel en un marco de diversidad cultural es enorme», quien propone alternativas como «trabajo comunitario, reparación a la víctima, multa, arresto domiciliario» (Becerra N. 1997, pág. 35)¹⁴⁰.

Salgado manifiesta que el término «sanciones penales» incluye también las medidas de seguridad adoptadas durante el proceso (como la prisión preventiva) ya que no puede

¹³⁸ Proyecto para Guatemala de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Guía Para La Aplicación Judicial: Los Derechos De Los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT.*

¹³⁹ Salgado Juan Manuel (2006). *El Convenio 169 de la OIT: Comentario y Anotado.*

¹⁴⁰ Becerra Nicolás (1997). *Derecho Penal y diversidad Cultural.* Buenos Aires-Argentina.

concebirse que éstas lleguen a resultar más gravosas que las condenas. Por ello mismo, la norma se extiende incluso a medidas de seguridad que no son tomadas en procesos penales, como las adoptadas con niños y adolescentes. El artículo 20°.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que el estado protegerá y asistirá a los niños privados de su medio familiar prestando «particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico» (Salgado J. 2006, último Párr., de la Pág. 132)¹⁴¹.

El artículo obliga a interpretar la legislación nacional respetando y protegiendo la integridad de la cultura, valores e instituciones indígenas, e incluso declarando inaplicable la legislación nacional o local si ella implica discriminación en el caso concreto, lo que ocurre cuando la sanción conlleva pérdida de identidad del individuo confinado (sea por alejamiento del medio cultural propio, adopción de pautas institucionales extrañas o discontinuidad religiosa o lingüística).

El encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas y tribales. Con frecuencia esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión. Según el informe de Amnesty Internacional dio a conocer el 12 abril de 1997 en Londres que en Australia, entre 1980 y 1997, por lo menos 220 aborígenes murieron durante su detención. Siendo sólo el 1,4 por ciento de la población adulta, “los aborígenes cuentan por más del 25% por ciento del total de muertes ocurridas en prisión, generalmente debidas a malas condiciones de detención,

¹⁴¹ Salgado Juan Manuel (2006). *El Convenio 169 de la OIT: Comentario y Anotado*. Argentina.

problemas de salud, suicidios y otras causas” (Lee Swepston, 2003, pág. 27 y ss.)¹⁴².

Lo antedicho subraya la necesidad de que jueces y magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito.

Las personas indígenas involucradas en casos penales del sistema oficial enfrentan muchas veces indiferencia del operador de la justicia en relación a su reclamo, discriminación en el trato, malos tratos en lugares de detención y faltas graves en el debido proceso legal, sobre todo en cuanto a su derecho de defensa. En tal sentido hemos documentado algunos casos paradigmáticos para esta situación. El Convenio 169, orienta en su artículo 10 especialmente a las formas de sanción, considerando que la cárcel es ajena al sistema indígena sancionatorio:

1.- Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2.- Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento.

Hay que señalar que éste es uno de los preceptos del Convenio 169 de mayor complejidad en la aplicación. Habrá que hacer los estudios correspondientes y discutir ampliamente las

¹⁴² Lee Swepston, Graciela Jolidon, Francesca T., y Finn A (2003). *Un Manual Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Copyright © Organización Internacional del Trabajo, 1° edición.

alternativas, que siempre deben reflejarse también en el sistema formal, para los demás sectores de la sociedad, para darle viabilidad en la realidad. “La discusión sobre formas alternativas de las sanciones conviene en todo caso a la sociedad entera, a la vista el deterioro del sistema penitenciario que no ha mostrado su capacidad de rehabilitación social” (Proyecto Guatemala pág. 80 y ss.)¹⁴³.

2.7.6. CUARTA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

Como ya señalamos anteriormente que nuestra Carta Magna vigente, ha establecido en su cuarta Disposición Final y Transitoria lo siguiente: “Las Normas relativas a los derechos y libertades que la constitución reconoce se interpreta de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

Sobre este precepto, Mijail Mendoza Escalante (2010)¹⁴⁴ señala que, esta disposición recoge prácticamente de modo literal lo dispuesto en el “artículo 10.2 de la Constitución española” (pág. 8.)¹⁴⁵.

Por lo que en el sentido de esta Disposición es necesario precisar que la concepción normativa de la Constitución el Tribunal Constitucional Peruano ha establecido, con relación a las disposiciones finales y transitorias, que estas constituyen auténticas disposiciones constitucionales, que tiene fuerza vinculante y, por ello, integran el

¹⁴³ Proyecto para Guatemala de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Guía Para La Aplicación Judicial: Los Derechos de Los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT.*

¹⁴⁴ Mijail Mendoza Escalante, (2010). *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y su Aplicación.* España.

¹⁴⁵ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

parámetro de control en cualquiera de los procesos constitucionales. En consecuencia, “la cuarta disposición final transitoria de la Constitución es una regla de interpretación de los derechos fundamentales de rango constitucional y de carácter obligatoria para todos los que aplican e interpretan las normas relativas a los derechos y libertades que reconoce la constitución” (Morales Saravia, F. Carlos Hakansson, Delgado Guembes y otros. 2005, pág. 1160 y ss.)¹⁴⁶.

La Constitución Política del Perú de 1993, reconoce a los derechos Humanos más allá de los que positivamente están consagrados en la misma. De modo que, “la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales también hay que encontrarlos en los tratados de derechos humanos y demás normas que incorporen los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación de la voluntad del Juez, sino en concordancia con una interpretación judicial correcta, en el marco de los tratados internacionales de derechos que el Perú está obligado internacionalmente y nacionalmente a cumplir” (Landa Arroyo, 1998, pág. 8-9.)¹⁴⁷.

De acuerdo a la doctrina jurídica, cabe señalar los derechos reconocidos por la constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, esto significa adjudicar un efecto *praeter legem* a los tratados internacionales, es decir, las normas de este tipo de tratados complementan en el contenido de la norma de derecho constitucional, en definitiva los tratados de derechos humanos son normas complementarias y de aplicación obligatoria para los países partes, en su derecho interno.

¹⁴⁶ Morales Saravia Francisco, (2005). *Interpretación de las Normas Relativas a los Derechos y Libertades. Constitución Política del Perú Comentado*. Autores: Carlos Hakansson Nieto; César Delgado Guembes; Víctor Hugo Montoya Chávez, Jorge Luis León Vásquez; Enrique Bernaldes Ballesteros; Fernando Vidal Ramírez y otros. Gaceta Jurídica. Tomo II. Lima-Perú.

¹⁴⁷ Cesar Landa Arroyo, (1998). *Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución Política del Perú de 1993*. Revista Jurídica del Trujillo-Perú.

Nuestra constitución Política del Estado, acoge derechos fundamentales de las personas, como por ejemplo, al “derecho al debido proceso”¹⁴⁸, así como el derecho a la defensa, no obstante no establece explícitamente otros derechos que bien pueden considerarse como independientes o como parte del debido proceso, con respecto a ello la Convención Americana, ha señalado en su artículo 8° sobre Garantías Judiciales que, “toda persona tiene derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterior por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8° de la Convención Americana).

Aquí claramente comprobamos la utilidad constitucional de los derechos que nos impone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; una disposición Constitucional que se acoge expresamente para tutelar los derechos humanos y que a su vez es de mucha utilidad para los legisladores para la elaboración de una ley que reprima o sancione algún caso que involucre a las personas como sujetos de derechos, esto a su vez, es de mucha importancia porque ayuda al quien aplica las normas a interpretar las normas dentro de los parámetros que la Convención Americana establece, como ya hemos expuesto, este por ser de carácter obligatorio y sobre todo de carácter jurídico y vinculante. En tal sentido reiteramos nuevamente que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución constituye una regla de interpretación, de aplicación obligatoria por parte de los operadores jurídicos del Estado partes de la Convención.

El Perú ha suscrito una serie Tratados relacionados a los derechos humanos dentro de ella tenemos, como por ejemplo La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado también como el Pacto

¹⁴⁸ Artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú de 1993.

de San José de Costa Rica y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Por lo tanto, en virtud de la cuarta disposición transitoria y final de nuestra Constitución Política, todos los operadores del derecho están obligados a aplicarla en casos de vulneración de derechos humanos que afectan a miembros de poblaciones indígenas.

2.7.6.1. Reconocimiento constitucional del rol del Estado como garante de los derechos de los pueblos indígenas.

Los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros, no solo está reconocido en Tratados y Declaraciones Internacionales, sino además en nuestra Constitución Política del Estado. Es ase sentido que podemos encontrar los siguientes derechos que los asiste a cada persona perteneciente a un pueblo indígena:

- El derecho principio constitucional que reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, reconocido en el artículo 1° de la Constitución.
- El reconocimiento de función del Estado de garantizar los derechos fundamentales señalados en su artículo 44° de la Constitución. En palabras del TC, existe un “deber especial de protección de los derechos fundamentales” (Título 4 pág. 5 y 7.)¹⁴⁹.
- La obligación del Estado de remover todos los obstáculos que impiden la vigencia de los derechos humanos,

¹⁴⁹ STC Exp. N° 0858-2003-AA/TC.

establecido en el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La obligación de protección especial de los derechos de los pueblos indígenas. Para la Corte IDH “en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (párrafo 63)¹⁵⁰. Añade que esta obligación es aplicable tanto en relación con la implementación del derecho interno, como con “la implementación de los instrumentos interamericanos de derechos humanos” (párr. 51)¹⁵¹.

2.7.6.2. Reconocimiento constitucional de la diferencia cultural en el Perú.

El reconocimiento jurídico de las existencias de diferencias marcadas de las culturas que habitan el Perú, se reconoce en los siguientes artículos:

- El reconocimiento constitucional de la existencia legal de las comunidades campesinas, nativas, rondas campesinas y pueblos originarios se señala expresamente en el artículo 89°, artículo 149° y art. 191° de la Constitución.

- El derecho a la identidad étnica y cultural, que no es otro que el derecho a ser diferente, a vivir según mis propias costumbres y cultura, diferente a la cultura dominante se acoge en el artículo 2.19 de la Constitución.

¹⁵⁰ STC CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*.

¹⁵¹ *Ibíd.*

- Asimismo el reconocimiento constitucional de la costumbre, es decir del derecho consuetudinario como fuente de derecho para los pueblos indígenas está reconocido en su artículo 149° y artículo 139°.8 de la Constitución.
- La obligación del Estado de reconocer y proteger el pluralismo cultural del país en general. Esto supone reconocer que hay varias culturas y naciones en el Perú, la obligación de proteger ese pluralismo, y hacer todos los esfuerzos para evitar que algún pueblo indígena se extinga se expresa en su artículo 2°.19 de la Constitución.
- El reconocimiento constitucional de la obligación del Estado de respetar la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, se anota en el artículo 89° de la Constitución.
- Respeto al principio de interculturalidad, que exige un diálogo respetuoso y el aprendizaje mutuo entre las diferentes culturas se fundamenta en su artículo 17° de la Constitución Política y art. 4° de Ley 29798.
- La prohibición de la imposición y la asimilación de una cultura sobre otra, y la prohibición de la destrucción de una cultura se señala en el art. 8° de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta prohibición en palabras del Tribunal Constitucional, se entiende que “toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada”

(fojas. 4)¹⁵², asimismo por tales razones el Tribunal Constitucional señaló que “se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante” (fojas 14)¹⁵³.

- Uno de los deberes que tiene el estado es la obligación de ella misma de promover sectores excluidos, y de crear las condiciones y satisfacer las necesidades mínimas de la población, en el marco de la cláusula constitucional del Estado Social, cuyo fundamento se sustenta en su propio cuerpo normativo como en el artículo 43° y artículo 59° de la Constitución.
- El derecho a la igualdad y a la no discriminación, no solo prohíbe tratar diferente a los iguales sino, dar el mismo trato a los que no están en una situación similar, como es el caso de los pueblos indígenas. Este derecho de igualdad se recoge en el artículo 2°.2 de la Constitución.
- El ejercicio del derecho a la protesta el cual tiene cobertura constitucional a través de la libertad de reunión, ciertamente el ejercicio de la protesta tiene límites constitucionales conforme lo señala el artículo 2°.12 de la Constitución.

2.7.6.3. Reconocimiento de la diferencia cultural por el derecho penal.

Cuestionamiento constitucional a la institución jurídica penal del “error de comprensión culturalmente condicionado

¹⁵² STC 00022-2009-PI.

¹⁵³ *Ibíd.*

contenido” recogido en el artículo 15° del Código Penal. Este tiene como premisa una sociedad monocultural, anterior al artículo 2°.19 de la Constitución, que reconoce el pluralismo cultural. Más allá del respeto de los derechos fundamentales, no se le puede exigir a un pueblo que conozca las normas “penales” de otra cultura.

El ejercicio de derechos constitucionales (la protesta) no puede constituir delito. (Art. 20.8 del Código Penal).

2.7.6.4. Derechos “procesales” de los pueblos indígenas cuando son procesados en la justicia estatal ordinaria.

El derecho a su propio idioma (también llamados derechos lingüísticos), el cual se concreta en el derecho de los miembros de los pueblos indígenas a un traductor e intérprete en los procesos judiciales, el cual permite a los indígenas hacerse entender (art. 2.19 de la Constitución).

Carecemos de información oficial sobre el número de intérpretes de idiomas indígenas existente en las instancias de justicia. En los casos consultados, los indígenas juzgados no han contado con intérprete aun teniendo como lengua materna un idioma indígena. Al parecer, ni los operadores de justicia ni el personal de tratamiento consideran necesaria la presencia de intérpretes una vez advierten que los indígenas comprenden – en algún grado– el castellano. Es decir, el uso del propio idioma indígena no se considera como un derecho constitucional que dé lugar a su inmediata protección. Sólo se tiene en cuenta la necesidad de intérprete cuando constituye un problema serio de comunicación. Los operadores de justicia, el personal penitenciario e incluso los abogados defensores

desconocen, en general, el derecho al uso del propio idioma indígena.

El derecho a la defensa en los procesos judiciales, el cual se concreta en el derecho a la defensa judicial especializada, es decir a contar con un abogado capacitado y especializado en asuntos indígenas conforme señala el artículo 139.14 de la Constitución.

De las visitas realizadas al centro penitenciario de Iquitos, se infiere que la mayor parte de indígenas presos son personas carentes de recursos económicos, por lo que carecen de abogados de confianza para su defensa durante el juicio y la aplicación de derechos penitenciarios. Algunos indígenas entrevistados tienen penas muy altas por hechos que habrían ameritado una exculpación o pena menor, si hubiesen contado con defensa idónea.

La defensa de oficio se muestra inoperante y la defensa pública resulta aún insuficiente. Muchos abogados defensores, operadores de la justicia y funcionarios judiciales, así como los propios indígenas presos, desconocen el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y la normativa especial que protege los derechos indígenas, así como los medios para hacerlos valer, por lo que no apelan a tales derechos durante la etapa de investigación ni durante el juzgamiento, menos aun cuando cumplen una pena.

Si bien hay tutelas que protegen importantes derechos indígenas, no todos los abogados defensores alegan la consideración de la cultura y condición indígena de los enjuiciados o presos, ni exigen la realización de pericias antropológicas. A pesar de su inconstitucionalidad, algunos funcionarios judiciales y penitenciarios todavía exigen la

constancia otorgada por el Ministerio de Cultura u otras instancias sobre la condición indígena de una persona para tenerla en cuenta.

Hay indígenas sindicados por delitos menores que están en prisión por varios años y su situación revela la falta de una defensa profesional idónea. Sus condiciones de mayor discriminación en la prisión parecen no haber sido objeto de cuestionamiento jurídico ni de observación por parte de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

La obligación de los jueces de preferir penas alternativas, es decir sanciones distintas al encarcelamiento, que no sea una pena privativa de la libertad, este sustento tiene como base jurídico en el artículo. 10°.2 del Convenio 169 de la OIT.

A pesar de lo establecido en el artículo 10, inciso 2 del Convenio 169 de la OIT sobre la imposición de sanciones distintas al encarcelamiento en el caso de indígenas, esta obligación internacional no es respetada. Los fiscales desconocen o incumplen tal normativa al establecer medidas de aseguramiento que se constituyen en penas efectivas de prisión. De otra parte, los jueces que juzgan indígenas sólo se rigen por la legislación secundaria de carácter ordinario, sin tener en cuenta la normativa internacional, por lo que dictan autos de detención sólo teniendo en cuenta el delito y no la condición indígena. Además, en el caso de una decisión de condena no aplican penas alternativas a la prisión. Al momento de la ejecución de la pena, ni los jueces de ejecución de penas ni la autoridad penitenciaria tienen en cuenta esta obligación internacional, para efectos de aplicar beneficios administrativos o judiciales que permitan que los indígenas gocen de sanciones distintas al encarcelamiento. De las entrevistas sostenidas se desprende el desconocimiento de esta

obligación internacional por parte de los operadores de la justicia, de los funcionarios de la administración penitenciaria, de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad e, incluso, de los abogados defensores.

La obligación de los jueces de tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales, al momentos de impartir justicia a miembros de pueblos indígenas, el cual se concretaría en la obligación de realizar peritajes antropológicos, los cuales permiten a los jueces comprender el contexto y la matriz cultural de las acciones de los pueblos indígenas, en cumplimiento del artículo 2°.19 de la Constitución y art. 10.1 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 45°.2 del código penal.

Dada la protección constitucional de la diversidad cultural, los indígenas tienen derecho de ejercer todos sus derechos en el marco de su propia identidad y cultura aun estando sometidos a privación de libertad. No obstante, la administración carcelaria y penitenciaria no ha respetado los derechos a la diversidad cultural y a la práctica de la cultura, creencias ni y a la cercanía a su familia y grupo étnico. Igualmente, las autoridades carcelarias y penitenciarias consideran no dable la existencia de formas de organización propiamente indígenas dentro de los penales, vulnerando el respeto a la propia vida cultural (artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Hay muchos indígenas presos alejados de su familia y su grupo cultural, dando lugar a su desarraigo cultural y deterioro. Un ejemplo es el de algunos indígenas presos en Cali cuyo proceso penal y cuyas familias se encuentran en Amazonas.

El estado tiene la obligación de implementar e implementar estrategias para que sea una realidad puesta en práctica un

derecho fundamental que es el derecho al acceso a la justicia estatal, ante la existencia de barreras geográficas, económicas, sociales, culturales, idiomáticas, etc. Conforme se señala en el artículo. 4° del Código Procesal Constitucional y 139.3 de la Constitución.

Como señalamos en líneas arriba que el convenio 169 de la OIT es de aplicación obligatoria para todas las instituciones públicas, en especial para el Estado y de sus sistemas de gobierno, tal es así que, para el Poder Judicial, lo es una obligación invocar ya sea a pedido de parte o de oficio esta Norma Internacional de carácter constitucional, que es el Convenio N° 169° de la OIT.

A pesar de que el CP de 1991 tiene casi una década, no hay muchas decisiones judiciales que lo hayan invocado para descriminalizar la diferencia cultural. Entre las pocas que son conocidas se encuentran las reseñadas en el Anexo. Las concepciones antropológicas que tienen los jueces de los indígenas son bastante tradicionales no obstante utilizar nuevas normas y alguna terminología sobre la diversidad cultural.

2.8. JUZGAMIENTO PENAL DE INDÍGENAS EN SISTEMAS OCCIDENTALES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA LATINOAMERICANA.

Las legislaciones penales latinoamericanas han abordado la responsabilidad penal del indígena, tanto en sus aspectos sustantivos penales como procesales, centrados en el derecho oficial.

En general es posible diferenciar dos grandes posturas: “liberales y comunitaristas” (Carnevalli, 2007, pág. 2 y ss.)¹⁵⁴. Posturas liberales sostienen que el indígena debe ser integrado a un cuerpo social, en un Estado que garantiza los mismos derechos para todos. Un liberalismo basado en defensa del “respeto igualitario” muy parecido al comunitarismo que reconoce la diferencia permitiendo que los objetivos de un grupo cultural en particular puedan cumplirse sea mediante un reconocimiento legal, o mediante una privatización de la diferencia (Barry B. 2010, pág. 37-57.)¹⁵⁵. Las posturas comunitaristas reconocen que la identidad del individuo está referida a un contexto cultural, por lo que el Estado debe defender aquellas culturas que tienen dificultades para subsistir como tales, como los indígenas.

Desde esa perspectiva la mayoría de los países latinoamericanos con presencia indígena, a excepción de Chile, contemplan el reconocimiento constitucional a la diversidad cultural, muchos de ellos de manera específica a pueblos originarios. Asimismo han ratificado el Convenio 169 y contemplan reconocimiento penal expreso a los derechos de los indígenas. En este sentido, el reconocimiento constitucional a los derechos de los pueblos originarios es expresión del principio democrático: el gobierno de las mayorías con pleno respeto a las minorías.

¹⁵⁴ Carnevalli, R. (2007). *El Multiculturalismo: Un Desafío para el Derecho Penal Moderno*. En Rev. Política Criminal, N° 3. Disponible en www.politicacriminal.cl.

¹⁵⁵ Barry, B. (2010). *Culture and Equality. An Egalitarian critique of Multiculturalism. Privatizando la diferencia: El liberalismo igualitario y el pluralismo cultural*. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIII, N° 1.

Desde el punto de vista sustantivo penal, las soluciones del derecho occidental latinoamericano se inclinan por conceder al indígena una causal de exculpación en aquellos casos en los que comete un hecho punible en la legislación penal del Estado, pero obedeciendo a su cultura, ya sea considerándole como inimputable (ej. Colombia), o que ha actuado bajo un error de prohibición (ej. Perú). En los aspectos adjetivos encontramos sistemas en los que existe un único orden jurídico a nivel nacional, que contempla, con mayor o menor énfasis, un reconocimiento penal a los derechos de pueblos indígenas; así como a sistemas mixtos en los que existe un orden jurídico nacional, y sistemas jurídicos diferenciados para indígenas que viven en comunidades.

2.8.1. AMÉRICA DEL NORTE: MÉXICO.

La Constitución Federal mexicana reconoció por primera vez a los pueblos indígenas en 1992, para luego ir ampliando este reconocimiento mediante reformas. En cuanto a la legislación penal sustantiva, el reconocimiento se plasma según el instrumento de que se trate, pudiendo distinguirse el Código Penal Federal, las Leyes Federales y los Códigos Penales estatales.

El Código Penal Federal contiene normas comunes para todos los habitantes del territorio mexicano sin que se contenga norma especial de reconocimiento penal a la diversidad cultural mediante alguna cláusula de exclusión de la antijuridicidad y/o culpabilidad (art. 1 con relación al art. 15). La inimputabilidad y el error de prohibición están establecidos con carácter general.

Sin embargo existen normas específicas que obligan a considerar para la determinación de penas y/o medidas de seguridad, entre otros, la calidad de indígena del sujeto, los usos y costumbres de los pueblos o comunidades a que pertenezcan (arts. 51 y 52 del CPF). Así también se contempla norma especial respecto de la tenencia de cierto tipo de

narcóticos (peyote u hongos alucinógenos) cuando pueda presumirse que serán utilizados en ceremonias de conformidad con usos y costumbres indígenas, caso en el cual el Ministerio Público no puede iniciar persecución penal (art. 195 bis. II del CP Federal).

Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal prevé normas especiales para menores indígenas.

La mayoría de los Códigos Penales estatales también contienen una norma especial similar a la del Código Federal respecto de la determinación y aplicación de penas y/o medidas de seguridad. Más ninguno de ellos contempla la posibilidad de exclusión de responsabilidad. Resulta interesante otra normativa específica contenida en el CP de Veracruz que reconoce los usos y costumbres indígenas como límite al *ius puniendi* (art. 3), así como una excepción a la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas cuando se tratare de indígenas (art.15).

Por último existen las Leyes Federales emitidas por algunos estados para abordar ciertas materias específicas en las que se considera la calidad de indígena. Así por ejemplo, en los estados del Distrito Federal Durango y Puebla la ley de menores y adolescentes contempla normas similares a las del Código Penal Federal. En los estados de Jalisco y Chiapas existen leyes sobre ejecución de penas que contemplan en su normativa expresamente la calidad de indígena para la aplicación de las mismas.

2.8.2. CENTROAMÉRICA Y AMÉRICA DEL SUR.

2.8.2.1. Guatemala.

Treinta y seis años de conflicto armado y la violencia contrainsurgente de los años ochenta trajo como consecuencia, entre otros, que una generación completa de líderes indígenas fuera asesinada. Los Acuerdos de Paz de 1996 firmados entre el Gobierno y los guerrilleros, la mayoría de los cuales eran mayas, garantizaron, entre otros, los derechos de los indígenas y una reforma de las tierras y un respaldo a políticas multiculturales, particularmente al Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1995). A pesar de estos acuerdos y de que los indígenas en Guatemala constituyen aproximadamente el 50% de la población, lo que supondría una legislación indígena a lo menos sistematizada, si bien existe un reconocimiento constitucional (art. 66 Constitución de Guatemala de 1985), la legislación relativa a los mismos se encuentra dispersa y desordenada.

Esto parece obedecer a una marcada resistencia de la población mestiza guatemalteca, desde su independencia, a reconocer jurídicamente cualquier derecho a los indígenas, lo que ha llevado a reconocimientos culturales que han sido calificados por el movimiento indigenista como “un multiculturalismo cosmético” y “neoliberal”. Con motivo de la ratificación del Convenio 169 de la OIT (1997) se intentó una reforma constitucional para reconocer el derecho consuetudinario de los indígenas, que fue rechazada por referéndum popular en 1999. Desde 2000 en adelante se parecían esfuerzos de comunidades mayas por consolidar y/o fortalecer su derecho.

El Código Penal no contiene ninguna norma específica que permita la exculpación o justificación de indígenas cuando

infringen el derecho occidental, así como tampoco el error de prohibición (para todos los casos). Sí se contempla una atenuación de responsabilidad para los casos de ignorancia cuando esta ha influido en la ejecución del delito (art. 26 Núm. 9 CP). Mediante Decreto 57-2002 se modificó el CP con el fin de sancionar la discriminación o el impedimento, entre otros, al ejercicio del derecho consuetudinario o costumbre. Establece también una agravante por motivos discriminatorios.

Esta figura fue criticada por organizaciones indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a los aspectos procesales, existe un único ordenamiento legal nacional que se compone de la Constitución y las leyes ordinarias, entre ellas la procesal penal. No existe una ley sobre jurisdicción indígena, pero a los mayas y otras comunidades indígenas se les dan el derecho de autonomía municipal de conformidad con su derecho consuetudinario.

Las autoridades judiciales indígenas resuelven conflictos, también los de relevancia penal aplicando sanciones ya sea según el derecho consuetudinario maya como las que imponga el pleno de una Asamblea Comunitaria. Las instituciones a las cuales recurren los indígenas no son tribunales, sino Consejos de Ancianos, Alcaldías Indígenas, Comités comunitarios, y la asamblea comunitaria, siendo la Alcaldía Indígena el lugar que más frecuentan. Las resoluciones deberían ser vinculantes para la justicia oficial, pero como ha revelado un experto “son vinculantes en la medida que el operador de justicia considere que no toca los intereses principales de la justicia oficial y en cuanto no toque los intereses de los terratenientes que puedan tener una marcada influencia en el Estado”.

Otra institución que resuelve conflictos indígenas de relevancia penal y que se encuentra incorporada en la estructura del

organismo judicial son los Juzgados de Paz Comunitarios (arts. 58,101y 102 de la Ley del Organismo judicial) que operan desde 1997 y que se integran por tres miembros de las comunidades y aplican el derecho consuetudinario, el que se reconoce en la medida que no vaya contra la Constitución ni los tratados internacionales sobre derechos humanos.

A 2012 hay 6 juzgados de paz comunitarios. Esta consagración no necesariamente implica el reconocimiento del derecho indígena, pues la legislación nacional faculta al Tribunal de Paz Comunitario para resolver los conflictos con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del derecho cuando ello fuera posible, lo cual otorga al tribunal la posibilidad de decidir sin considerar el derecho consuetudinario indígena.

2.8.2.2. Colombia.

La Constitución colombiana de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7) al mismo tiempo que el derecho a la jurisdicción indígena (art. 246). En cuanto a los aspectos de Derecho Penal Sustantivo, el Código Penal Nacional contiene algunas normas que consideran la diversidad indígena. La más importante es aquella que establece como causal de inimputabilidad, la no comprensión de la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural (art. 33 CP), es decir, la irresponsabilidad penal del indígena se establece vía causal de exculpación. Esta norma que data del CP de 1936 consideró en un primer momento al indígena inimputable en virtud de determinadas condiciones psicosociales desde que pertenecía a una comunidad, y que le impedía comprender la ilicitud de la conducta, luego mutó a la imposibilidad de comprender esta ilicitud por diversidad sociocultural.

Así también, en el Código Penal existe un mandato expreso en orden al tipo de medidas de seguridad aplicables a indígenas declarados inimputables por diversidad sociocultural, las que deberán consistir en la reintegración a su medio cultural (art. 73). En concordancia con esta disposición el Código de Procedimiento Penal ordena a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad coordinarse con la autoridad indígena de la comunidad respectiva para la ejecución de la misma (art. 470 CPP).

En cuanto al derecho penal adjetivo, por mandato constitucional, podemos distinguir dos jurisdicciones paralelas: de un lado, el sistema jurídico nacional, que se compone de: a) la Constitución Política y la legislación nacional, que se aplica a los indígenas en cuanto son considerados “ciudadanos” colombianos; y b) la legislación indígena nacional, que ha sido asumida por aquellos pueblos indígenas andinos y comunidades indígenas que, a consecuencia del proceso de aculturación, han perdido sus costumbres ancestrales en forma total o parcial, sus sistemas de control y de autoridades, y que se encuentran en proceso de recuperación de sus sistemas normativos propios. De otro lado, están los sistemas jurídicos indígenas, sistemas propios que tienen jurisdicción legal por reconocimiento constitucional, y que cuentan con autoridades propias, sistemas de control y órganos decisorios.

El fundamento legal de este sistema “mixto” se encuentra en el art. 30 del Código de Procedimiento Penal que exceptúa de la jurisdicción penal ordinaria a los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena.

Algunas de las cuestiones que han suscitado polémica en el sistema colombiano es la posibilidad de juzgamiento de indígenas en el sistema nacional, cuestión que ha sido interpretada por

algunos autores como una incongruencia (pues entonces no se justifica la jurisdicción especial indígena si en algunos casos no pueden ser juzgados por sus autoridades). A la inversa, se considera también incongruente que cuando una persona no indígena comete delito en territorio indígena, afectando a uno o más de sus miembros o a la comunidad, el Estado reclame jurisdicción impidiendo a esa comunidad juzgarlo.

2.8.2.3. Ecuador.

La Constitución ecuatoriana de 2008 también reconoce la diversidad cultural y las jurisdicciones indígenas, consagrando en primer lugar el principio de *ne bis in ídem* considerando los casos resueltos por la justicia indígena (art. 76. 7 letra i). La justicia indígena se consagra sobre la base de derechos territoriales y personales, atendiendo en especial a la participación de la mujer indígena (Art. 171 C.E).

El Código Penal ecuatoriano no contiene ningún reconocimiento a la especificidad indígena. No obstante existe un proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP) que ha sido presentado para discusión a la Asamblea Nacional que abandona las infracciones cometidas dentro de una comunidad indígena, a la dictación de una ley especial, pero excluye de la jurisdicción indígena a los adolescentes indígenas que cometan infracciones dentro de sus comunidades, los que serán juzgados de conformidad con la ley penal adolescente nacional (art. 1°).

La ausencia de normativa expresa que reconozca la diversidad cultural en el Código penal ecuatoriano es vista como una falencia, alzándose voces en favor de una reforma sustantiva penal que tome una visión multicultural. “Hay que entender ese diálogo intercultural que nos hace observar que en una comunidad

indígena... esa comprensión de ilicitud es distinta a la que puede suceder... en la justicia ordinaria o en la visión noroccidental. Por ejemplo la sanción que se pueda dar mediante la ortiga, el baño en agua helada, la exposición pública del desnudo de las personas procesadas de las comunidades indígenas creo que es una forma de poder resolver su conflicto desde su visión...”. Por eso es que en la opinión de expertos resulta conveniente una solución como la del error de comprensión culturalmente condicionado, sustituyendo la vieja distinción entre error de hecho y error de derecho que contiene el CP ecuatoriano.

La jurisdicción indígena está reconocida territorialmente para sus comunidades, cuyas autoridades conocen y juzgan conflictos penales que en ellas se produzcan, conforme a su derecho propio o consuetudinario. Los problemas que se originan vienen determinados en primer lugar por la imposibilidad de extender la competencia fuera de sus territorios. Por ejemplo, si se comete un delito entre indígenas, pero fuera del territorio de su comunidad, se juzga por la ley nacional.

Lo mismo si un mestizo comete delito en territorio indígena. Esto constituye en la actualidad el gran debate legislativo, alzándose voces para que en casos como el último, se someta a la voluntad del propio sujeto activo la posibilidad de ser juzgado por la comunidad indígena donde delinque o por la justicia ordinaria, pues en algunos casos la pena de la justicia comunitaria, aun consistiendo en castigo físico, parece ser menos gravosa que la de la ley oficial. Otro problema es que, aunque no existe prohibición constitucional, los delitos que pueden conocer las comunidades indígenas son menores, por ejemplo, no puede conocer de un homicidio calificado en serie, tampoco de narcotráfico.

2.8.2.4. Perú.

La Constitución peruana reconoce en su art. 2º, dentro de los derechos fundamentales de las personas, el derecho “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”. “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. (Art. 2º núm. 19).

Reconoce a las “comunidades nativas” en cuanto personas jurídicas (art. 89º). Así también en su art. 149º reconoce la jurisdicción indígena.

El Código Penal peruano reconoce en su art. 15º el error de comprensión culturalmente condicionado, en los siguientes términos: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”. Pese a que el mismo Código penal declara que se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, la redacción de esta norma ha dado lugar a interpretaciones. Hurtado Pozo sostiene que se trataría de una forma de error de prohibición, igual al contemplado en el art. 14º del mismo CP, pues consiste en una “incapacidad” de comprender el carácter delictuoso del acto o de autodeterminarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre (Hurtado Pozo, pág. 380-381)¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Hurtado Pozo, J. (2010). *Responsabilidad y Culpabilidad*. ob. cit., pp. 380-381.

2.8.2.5. Bolivia.

A partir de la reforma de 1994 la Constitución Política reconoce que Bolivia, el país con mayor porcentaje de indígenas en América Latina, es una “sociedad pluricultural y multiétnica”, y les reconoce también sus derechos colectivos. Su art. 171° reconoce “los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen” así como la posibilidad de sus autoridades para ejercer “funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes”.

A pesar de este reconocimiento en el Código Penal boliviano no se encuentra ninguna norma específica que reconozca valor a la diversidad cultural como eximente de responsabilidad penal. Pero el Código Penal boliviano de 1972 sí contemplaba una causal de exculpación mediante la consideración del indígena como inimputable, la que fue derogada a finales de los años 70, permaneciendo solo normas generales sobre inimputabilidad (arts. 17° y 18° CP) y error de tipo y de prohibición (art. 16° CP).

En cambio, se consideró como atenuante de responsabilidad penal general “cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley” (art. 40°.4 CP). Nótese que la referencia a la “ignorancia de la ley” supone la consideración de una especie de error de prohibición directo incompleto (razón por la cual solo produciría efectos atenuatorios), lo que no se logra entender es por qué no hay exculpación si al carecer de instrucción e ignorar la ley por este mismo motivo, parece ser que se trata de un error de prohibición invencible, excluyente de la responsabilidad según el mismo art. 16° del CP boliviano.

El Código Penal boliviano realiza un reconocimiento expreso al pluralismo cultural y a la justicia comunitaria incorporando el error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado para aquellos casos en que la atipicidad de la conducta realizada conforme a la justicia comunitaria afecte Derechos Humanos o resulte gravemente discriminatoria estableciendo en cada caso su grado de vencibilidad.

También para aquellos casos en los que el error culturalmente condicionado sea de tipo. Así se reforma el art. 19° del CP, incorporando un inciso segundo que se refiere al error de tipo culturalmente condicionado considerando que una cultura originaria puede tener una idea diferente de la causalidad.

En materia procesal penal, se respeta el principio de *ne bis in idem* para los actos conocidos y sancionados por la justicia comunitaria, siempre que no contravengan la Constitución y las leyes (arts. 28° y 53° inciso 5° Código de Procedimiento Penal), y se contemplan reglas especiales para el juzgamiento de indígenas conforme a la legislación oficial: derecho a traductor o a que el juicio se sustancie en la lengua del lugar donde se celebra el juicio (arts. 11°, 113°, 115° CPP), necesidad de contar con un perito especializado en asuntos indígenas (art. 391° CPP).

2.8.2.6. Chile.

A diferencia de los anteriores, la Constitución Política chilena no reconoce a los pueblos indígenas, siendo uno de los países más atrasados de Latinoamérica en estas materias. La Ley N° 19.253 de 1993, que establece Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo

indígena, llamada Ley Indígena, reconoce la existencia de “etnias” (mas no de pueblos originarios).

A este respecto, en Chile se aprecia un monoculturalismo que se limita a reconocer la costumbre indígena en los siguientes términos: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal considerarán que ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad penal.

En el art. 54 de la Ley N° 19.253 señala que cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y especialmente por un informe pericial que deberá evacuar la corporación a requerimiento del tribunal.

Este reconocimiento a la costumbre indígena, como mero “antecedente” para la aplicación de una eximente o atenuante, no es otra cosa que reducir el valor del ‘derecho propio indígena’ a las ‘circunstancias personales’ de quien cometió el hecho punible.

2.9. TRATOS A LOS INDÍGENAS, BRINDADOS EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO.

Teniendo en cuenta los puntos desarrollados con relación a los derechos y las formas de proceder para sancionar a un indígena, analizaremos, cómo se desarrolla en la región Loreto. En especial hay que hacer énfasis en una situación que no siempre está en la conciencia de los operadores de justicia y que es muchas veces justificada con el argumento que “sólo se aplican los procedimientos y las normas técnicamente”, pero sin reparar en la discriminación y racismo que esta forma de aplicación muchas veces supone para los afectados.

Por ello resulta de utilidad citar lo que elaboró sobre el tema la mencionada “Conferencia de Expertos en 2003 sobre Pueblos indígenas y la Administración de justicia en Madrid”¹⁵⁷. De acuerdo a dicha conferencia las causas y los estereotipos de la discriminación y del racismo en la administración de justicia por parte de los operadores jurídicos que administran justicia en la región Loreto, se expresarían de la siguiente manera:

- La negación histórica de los derechos de los pueblos indígenas a través de los sistemas de justicia y la desigualdad en el disfrute de los derechos humanos.
- El fracaso de los sistemas ordinarios de justicia en la protección y reconocimiento de la relación especial de sus territorios y tierras ancestrales, incluyendo la violación de derechos derivados de tratados, convenios y otros acuerdos constitutivos.
- La discriminación por operadores de justicia y la policía en los juzgados.
- La existencia de sistemas de justicia culturalmente inapropiados que limitan la participación de indígenas en la policía, como abogados u operadores de justicia.
- El fracaso de garantizar la igualdad ante la ley de los pueblos indígenas, el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo debido a la falta de servicios de traducción y la falta de capacidad para proporcionar una adecuada representación legal.
- La debilitación o destrucción de los sistemas jurídicos indígenas debido a procesos de aculturación, desplazamiento, migración forzada, urbanización, violencia política y asesinato de autoridades indígenas.

¹⁵⁷ Esta Conferencia de Expertos se celebró del 12 al 14 de noviembre de 2003, en la sede de la Facultad de Ciencias Políticas y Derecho de la UNED en Madrid.

- La criminalización por parte del Estado, de prácticas culturales y jurídicas indígenas, así como la persecución de autoridades indígenas que administran justicia.
- Falta de reconocimiento oficial del derecho y jurisdicción indígena, incluyendo el derecho indígena consuetudinario.
- Subordinación del derecho y la jurisdicción indígena a la jurisdicción nacional, así como limitación de la autoridad indígena para conocer casos menores.
- No reconocimiento de decisiones tomada por autoridades indígenas, por parte de órganos del Estado.

Sobre estas barreras discriminatorias que se dan en la corte superior de justicia de Loreto, en especial en nuestra ciudad de Iquitos el doctor Víctor Rodríguez, Consultor Internacional del Programa Eurosocietal, en su visita a la cárcel del Centro Penitenciario de Iquitos, señala que “la realidad carcelaria y la situación judicial de muchas personas indígenas que han sido condenadas a muchos años de prisión por delitos debieron ser tomados de sus costumbres por tener características específicas de la cultura nativa, muy distinta a la cultura de los occidentales”¹⁵⁸. Agrega así mismo que lo que queremos decir es que a “los indígenas no se les debe juzgar de la misma manera que se juzga a la persona común y corriente, pues los nativos tiene otras visión de la naturaleza, tienen prácticas que no son como nosotros lo entendemos; los iquiteños también tienen una diversidad cultural que es lo que hace rico a este país; es decir, hay ciertos delitos donde no va haber impunidad, pero que el fiscal, el defensor público y el juez tengan matices y atenuantes por qué hay personas condenadas a treinta y cinco años de prisión o a penas muy fuertes a pesar de tener más de sesenta años, por

¹⁵⁸ <http://diariolaregion.com/web/2014/05/10/nativos-presos-en-el-establecimiento-penal-de-varones-de-iquitos/>.

actitudes que cometen sin saber que es un delito y están en la cárcel muchas veces sin saber por qué¹⁵⁹.

Asimismo además dicho consultor viendo la realidad carcelaria que pasan los indígenas de Loreto, manifiesta que en algunos casos se ha violado el debido proceso, no han tenido un abogado defensor, no hablan el idioma español, se auto incriminan, es decir no han tenido una defensa adecuada, por lo que se debe valorar una defensa estratégica y evitar injusticias porque muchas personas están encarceladas injustamente y por violaciones graves al debido proceso, además lo nativos puedan tener la posibilidad de tener beneficios carcelarios y puedan volver a sus comunidades nativas. En resumen, dijo el consultor internacional Víctor Rodríguez, hay muchos nativos que no deben estar en prisión.

Asimismo señala dicho Doctor que los operadores de justicia sobre el tema de la interculturalidad, deben ser abiertos al indígena, y a las universidades que se preocupen en mejorar la enseñanza del derecho, que se enseñe el derecho indígena, que no seamos prepotentes a la hora de relacionarnos con los nativos, pues tenemos dos derechos en el Perú que es el derecho ordinario y el derecho nativo¹⁶⁰.

Finalmente, este jurista da a conocer, que uno de los principales problemas que sufren los nativos al ser encarcelados es lo relacionado al choque cultural que sufren, pues el de estar acostumbrados a vivir en comunidad, con la tierra, y estar cerrado entre cuatro paredes, entonces como política se pretendería que ese contraste no sea tan grosero y si deberían estar en prisión tiene que ser de una manera que los afecte menos culturalmente y que debe estar complementado con la política carcelaria del Perú¹⁶¹.

Como señala Juan Carlos Ruiz Molleda (2014) no podemos olvidar que, no solo existe discriminación cuando se trata diferente a los iguales, sino

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

cuando se trata igual a personas que son diferentes, al momento en que el Poder Judicial imparte justicia a personas que participan de otra experiencia cultural (Pág.1 y ss.)¹⁶².

2.10. HIPÓTESIS.

H_i: El encarcelamiento de indígenas y los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto se debe a la poca importancia y a la inaplicabilidad que se dan a las normas internacionales, a pesar que algunos tratados como el convenio 169 de la OIT, son de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata en el ordenamiento interno.

H_o: La inaplicabilidad de los Tratados Internacionales se debe a la debilidad formativa de los magistrados de la región Loreto sobre los derechos internacionales de los indígenas.

2.11. VARIABLES.

2.11.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.

“Criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional”.

a. Indicadores.

Las resoluciones emitidas por Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto.

¹⁶² Molleda Ruíz, Juan C. *¿Cuáles son los derechos de los indígenas cuando son procesados en la justicia estatal ordinaria?* Artículo a propósito del Juicio del Baguazo. <http://jruizmolleda.blogspot.com>. publicado en junio del 2014.

b. Índices.

- El número de oportunidades en las que los magistrados de la región Loreto, omitieron los tratados internacionales.
- Las intervenciones de los abogados litigantes exigiendo la aplicabilidad del derecho internacional de los indígenas.

2.11.2. VARIABLE DEPENDIENTE.

Encarcelamiento de indígenas.

a. Indicadores.

Los tipos de sanciones penales impuestas por los magistrados de la región Loreto durante el juzgamiento y encarcelamiento a Indígenas.

b. Índices.

- Las medidas adoptadas por los magistrados en defensa de la legalidad y dentro del marco de la normatividad en aras de hacer justicia sobre los diferentes casos suscitados a efectos de determinar la existencia de un delito o puesto en peligro de un bien jurídico protegido.
- Las medidas adoptadas por parte de los fiscales o jueces después de realizada la calificación de un delito, así como la inmediatez con la que fueron adoptadas las mismas.

2.12. SIGLAS Y TÉRMINOS BÁSICOS.

PNUD: Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (en inglés: United Nation development Programme, PNUD).

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONG: Organización no gubernamental.

AIDSESP: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva peruana.

INEI: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática.

Pueblos Indígenas: Llamamos Pueblos Indígenas a aquellas personas que habitaron en una tierra antes de que ésta fuera conquistada por las sociedades coloniales y que se consideran distintos a las sociedades que actualmente gobiernan estos territorios. Son *aquellos que, teniendo una continuidad histórica a la preinvasión y las sociedades precoloniales que se desarrollaron sobre sus territorios, considérense distintos de otros sectores de sociedades que ahora prevalecen en aquellos territorios, o parte de ellos. Ellos forman, actualmente, sectores no dominantes de sociedad y son determinados para conservar, desarrollar, y transmitir a futuras generaciones sus territorios hereditarios, y su identidad étnica, así como la base de su existencia continuada como pueblos, conforme a su propio modelo cultural, instituciones sociales y sistemas legales.*

Relator: Un experto confiado por las Naciones Unidas con un mandato especial en el ámbito de los derechos humanos, actuando con capacidad personal.

Colonización: Un acto de colonización, significa establecer un “cuerpo de gente” viviendo en un nuevo territorio pero que conservan lazos con el estado asociado.

Auto-determinación: El derecho de un grupo cohesivo nacional ("pueblos"), que vive en un territorio, a escoger para el mismo una forma de organización política y legal.

Colectivo: Denotación de un número de personas o cosas consideradas como un grupo o todo.

Tratado: Un contrato por escrito entre dos o más autoridades políticas (como estados o soberanías), formalmente firmado por representantes debidamente autorizados y, por lo general, ratificado por la autoridad legislativa del estado.

Ratificar: La ratificación define el acto internacional por el cual un estado indica su consentimiento a quedar vinculado por un tratado si las partes tuvieran la intención de mostrar su consentimiento en tal acto. La institución de subvenciones de ratificación (ratification grants) declara el período necesario para la aprobación requerida para el tratado a nivel nacional y para promulgar la legislación necesaria para dar el efecto doméstico al mismo.

Entrar en vigor: Cuando un tratado entra en vigor, obliga legalmente a todas las partes que lo han ratificado. Un tratado, por lo general, entra en el vigor cuando un cierto número de Estados miembros lo han ratificado.

Adhesión: "Adhesión" es el acto por el cual un estado acepta la oferta o la oportunidad de hacerse parte de un tratado ya negociado y firmado por otros estados. Esto tiene el mismo efecto legal que la ratificación. La adhesión, por lo general, ocurre después de que el tratado ha entrado en vigor.

Reservas: Cuando un estado pone una reserva a un tratado, esto significa que el estado en cuestión se considera vinculado por el tratado, excepto por aquellas provisiones a la que ha hecho la reserva. El mecanismo de reservas permite a un estado aceptar un tratado multilateral en su totalidad,

pero dándole la posibilidad de que no se le apliquen ciertas provisiones, a las cuales, éste, no quiere obedecer. Las reservas no deben ser incompatibles con el objeto y el objetivo del tratado. Además, un tratado podría prohibir reservas o sólo permitir la realización de ciertas reservas.

Asamblea General: La Asamblea general es el órgano principal de deliberación de las Naciones Unidas. Está compuesto por los representantes de todos los Estados miembros, de los cuales cada uno tiene un voto. La Asamblea general pasa resoluciones sobre cuestiones importantes acerca de todo del espacio exterior para el desarme.

Convenio 107 de la OIT: Primer convenio internacional sobre el tema. Este fue el primer intento para codificar obligaciones internacionales de los Estados con respecto a pueblos tribales e indígenas. El convenio define los pueblos indígenas como grupos humanos diferenciados y hace hincapié en la necesidad de mejorar las condiciones de vida y trabajo a las que están expuestas.

Convenio 169 de la OIT Sucesor del Convenio 107: Constituye un instrumento jurídico internacional actualizado y más exhaustivo que define los derechos de los pueblos indígenas y los principios a los que los Estados, organizaciones multilaterales y otros agentes deberían atenerse.

Autodeterminación: Para los pueblos indígenas, la autodeterminación significa "el derecho al control sobre sus instituciones, territorios, recursos, órdenes sociales y culturas sin dominación o interferencia externa y el derecho a establecer su relación con la sociedad dominante y el estado sobre la base del consentimiento". La libre determinación está recogida en algunos de los documentos internacionales más importantes, como la Carta de las Naciones Unidas o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Comunidad: Conjunto de seres vivos que pueblan un territorio determinado, caracterizado por las interrelaciones que estos organismos

tienen entre sí y con su entorno. Grupo integrado de especies que habitan en determinada zona; los organismos de determinada comunidad se influyen mutuamente en materia de distribución, abundancia y evolución. (Una comunidad humana es un grupo social de cualquier tamaño cuyos miembros viven en determinada localidad).

Conocimiento tradicional: El conocimiento tradicional es conocimiento, tal como las matemáticas, la biología o la sociología. Lo que lo distingue es que ha sido cuidadosa y pacientemente creado, construido, alimentado, circulado y fomentado por gente común no poderosa: pequeños agricultores, pescadores artesanales, cazadores-recolectores, sanadores tradicionales, parteras, artesanos, poetas tradicionales y muchos otros. Debido al hecho que la mayoría de esta gente pertenece a culturas rurales o con lazos estrechos con las culturas rurales, ese conocimiento está íntimamente asociado a la comprensión de los procesos naturales.

Diálogo intercultural: Se denomina diálogo intercultural al tipo de relación que tiene por objetivo el enriquecimiento mutuo de las culturas, respetando el derecho de los pueblos más vulnerables a elegir y graduar el contacto que quieran tener con otros pueblos, o a rechazarlo. Para ello, la condición previa e imprescindible es el respeto por igual hacia y entre todas las culturas.

Diversidad cultural: de acuerdo con la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad.

Etnia: Comunidad humana definida por afinidades lingüísticas, culturales y sociales. Corresponde también a "pueblo", como conjunto de personas que se caracterizan por una cultura y forma de vida social propia.

Territorio: tienen distintas acepciones: 1) Dimensión política: jurisdicción, gobierno, normas, decisiones. Es lo que se expresa como territorio o territorialidad política; 2) Dimensión cultural: se refiere a la idea de espacio socialmente organizado, esto es un espacio geográfico significativo culturalmente, en el cual se localizan, distribuyen y organizan asentamientos, significados, actividades de un grupo; 3) Dimensión natural: unidad de los recursos naturales, agua, tierra, subsuelo, vegetación.

Rehabilitación: Consiste en la restitución del condenado al status jurídico en que se encontraba antes de proferirse la sentencia. Constituye un medio legal que anula los efectos penales de la sentencia condenatoria en la persona del sentenciado. Se extiende a penas y medidas de seguridad. Sus efectos abarcan la restitución en el ejercicio de los derechos suspendidos con la condena, así como la cancelación de antecedentes penales.

Medidas de Seguridad: Es una consecuencia jurídica que consiste en privar temporalmente de ciertos bienes jurídicos a quienes han realizado un tipo penal, careciendo de culpabilidad, pero revelando con ello al propio tiempo su peligrosidad social. Debe satisfacer básicamente necesidades de prevención especial, pues se trata de condicionar conductas adaptativas en sujetos que con motivo de su estado psiquiátrico realizaron un tipo penal sin cometer delito por inimputables.

CAPITULO III. METODOLOGÍA

3.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación por las características de las variables, el estudio fue cualitativo, sin embargo en los datos de identificación de unidades de análisis de resultados, se hace necesario algunos datos cuantitativos.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Por las características de la información a recolectar, “dicha metodología sirvió para comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto” (Hernández Sampieri, 2010, pág. 364)¹⁶³.

Se selecciona este tipo de investigación cuando se busca comprender la perspectiva de los participantes (individuos o grupos de personas), acerca de los fenómenos que los rodean, del mismo modo “es recomendable elegir este enfoque cuando el tema de estudio ha sido poco explorado, o no se ha hecho investigación al respecto”¹⁶⁴.

El paradigma cualitativo persigue describir la unidad en profundidad, en detalle, basada en el contexto y de una manera total, mientras que el método cuantitativo tiene unas expectativas específicas de lo que se pretende buscar.

Las hipótesis de trabajo cualitativos son pues, generales o amplias, emergentes, flexibles y contextuales, se adaptan a los datos y avatares del curso de la investigación.

El método cualitativo es un proceso inductivo, interpretativo, iterativo y recurrente. En este enfoque las hipótesis se van generando durante el

¹⁶³Hernández Sampieri, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*: México.

¹⁶⁴Idem.

proceso, se afinan conforme se recaban más datos, se modifican según los resultados y no se prueban estadísticamente.

De acuerdo al marco particular de una investigación jurídica debemos indicar que el presente estudio puede clasificarse dentro de los que se rigen por el método funcional que viene a ser según Carlos Ramos (2011)¹⁶⁵:

“Una investigación jurídica que opte por la metódica funcionalista partirá siempre del trato directo con la realidad concreta que es la materia de su análisis, hasta lograr la generalización. En materia jurídica el método funcional es eminentemente inductivo: sus dos columnas son la casuística y la jurisprudencia [...] Una tesis funcional parte normalmente de la base empírica y su objeto es la realidad social relevante de un comportamiento individual o colectivo. Las tesis de esta clase suelen intentar un diagnóstico sobre la conformidad o dicotomía entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto. Las tesis funcionales se preocupan por descubrir la trama de intereses políticos, económicos o ideológicos que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas. Podría decirse que estas tesis procuran desnudar lo aparente, retirar el camuflaje que esconde la realidad que puede ser dolorosa y desagradable” (pág. 114).

Estando a lo expuesto, nuestra investigación partirá de una realidad concreta: una base empírica y tangible como es el caso del encarcelamiento de indígenas y los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del Derecho Internacional, y por otro lado buscará intentar dar un diagnóstico de conformidad o dicotomía, entre el orden jurídico y la actuación de los operadores que administran justicia en la región. Es por ello que a nuestro criterio, el futuro estudio reúne las características de una tesis cualitativa.

¹⁶⁵ Ramos Núñez, Carlos (2011). *Como hacer una tesis de Derecho y No Envejecer en el Intento*. Gaceta jurídica. Lima: Pp. 114.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

El diseño de la presente investigación ha sido el de la Teoría Fundamentada, que a decir de Hernández Sampieri viene a ser “procedimiento cualitativo para generar una teoría que explique en un nivel conceptual una acción, una interacción o un área específica, la teoría fundamentada provee de un sentido de comprensión sólido porque embona en la situación en estudio, se trabaja de manera práctica y concreta, es sensible a las expresiones de los individuos del contexto considerado, además puede representar toda la complejidad descubierta en el proceso... va más allá de los estudios previos y de los marcos conceptuales preconcebidos, en búsqueda de entender los procesos sociales” (pág. 493)¹⁶⁶. En otras palabras el planteamiento del diseño de teoría fundamentada es que las proposiciones teóricas surgen de los datos obtenidos en la investigación, más que de los estudios previos.

Asimismo para realizar mi investigación, utilice los siguientes métodos:

El Método científico hipotético-deductivo: Me permitió señalar el camino a seguir en mi investigación jurídica propuesta; para verificar si se cumplen o no las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método Exegético-analítico: Me permitió determinar el sentido y el alcance de las normas referentes a la aplicabilidad de las normas internacionales en la administración de justicia estatal.

La investigación es documental, bibliográfica y de campo, por lo que, realice un diseño bibliográfico (temática) y de campo (empírica).

Diseño Bibliográfico: Utilicé fichas bibliográficas para obtener información de otros investigadores o tratadistas conocedores de la temática; para lo cual, acudí a fuentes bibliográficas confiables y seguras.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

Diseño de Campo: Utilicé encuestas para recoger opiniones valederas y directas de expertos profesionales del derecho, con relación a la falta de un procedimiento penal que guie la correcta aplicación de las directrices y las pautas que establece la norma internacionales, los cuales deben ser consideradas por parte de los operadores de justicia estatal en la hora de administrar justicia sobre los miembros de los pueblos indígenas de la región.

Las unidades de análisis en la presente investigación serán los casos-tipo, consistentes en los encarcelamientos dados a los indígenas de la región Loreto y los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región, dentro del marco del derecho internacional que tutela a los pueblos indígenas y que son de cumplimiento obligatorio.

3.3.1. NO EXPERIMENTAL

Pues no hubo injerencia intencional del investigador para alterar el comportamiento de las unidades de análisis, por el contrario, éstas fueron estudiadas en su estado natural. Asimismo, el análisis de la relación entre variables se realizó luego de sucedido el hecho a estudiar.

3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA.

El tipo de muestra seleccionado para la futura investigación ha sido el de casos-tipo, pues se seleccionaron determinadas resoluciones de sentencias emitidas por el Poder Judicial de Loreto a través de sus Magistrados, en un proceso donde estuvieron involucrados los miembros de los Pueblos Indígenas en diferentes casos suscitados en nuestra región Loreto, asimismo se tomaron en cuenta las opiniones de distintos magistrados y/o litigantes, para ver los resultados o los cambios dados hasta la actualidad.

Los factores para la determinación de los casos han sido: la capacidad de recolección y análisis, el entendimiento del fenómeno y la naturaleza del mismo.

Por ser numerosa la población de abogados en el libre ejercicio de la profesión que residen en Iquitos, y por la cantidad de magistrados que presiden juzgados penales de Maynas, así como la sentencia emitida sobre las mismas, la investigación se constituyó por cuotas distribuidas de manera seleccionada de la siguiente forma:

Jueces de Salas Penales de Maynas	2
Jueces Provinciales Penales de Maynas	4
Otros Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto y Fiscales Provinciales de Maynas	9
Abogados en el libre ejercicio	20
TOTAL	35

Sentencias	05
TOTAL	05

3.4.1. Criterios de inclusión y de exclusión.

Para efectos de realizar la selección de los casos a analizar, se tendrá en cuenta, el bien jurídico protegido, la calidad de los denunciados, el contexto social y cultural y la zona geográfica donde se suscitaron.

3.5. TIPO DE MUESTREO.

3.5.1. MUESTREOS NO ALEATORIOS O EMPÍRICOS.

Llamado también como muestreo no probabilístico, es porque la selección de la muestra se ha hecho a partir del criterio del investigador, lo que quiere decir, que aquí no se han aplicado procedimientos, matemáticos ni estadísticos para su cálculo, sino que viene dado por una muestra intencional u opinático en el que se dividen por dos tipos de muestra:

3.5.1.1. Muestras Por Cuotas.

Cuando la población se estratifica por sectores y el investigador asigna una cuota determinada por estrato o sector.

Ejemplo: se seleccionaron de muchos abogados de la Provincia de Maynas, solo a treinta y cinco abogados habilitados para una encuesta sobre la presente investigación, donde obtuvimos el porcentaje de las opiniones representativo de esta profesión.

3.5.1.2. Muestra Razonadas o Intencionadas.

También llamadas muestras sesgadas. Parte del principio de que el investigador conoce muy al fondo a la población y a partir de allí selecciona arbitrariamente elementos que a su juicio son representativos de la población. Este tipo de muestra encaja bien en las materias de ciencias sociales y de derecho cuando se quiere indagar datos históricos, o acerca sobre la situación de una determinada población, que podría involucrar sus culturas entre otros.

Ejemplo: se seleccionaron cinco sentencias emitidas por los magistrados de la región Loreto, donde se encarcelaron a indígenas, que tienen culturas distintas a la sociedad occidental y se analizaron los criterios que adoptaron los Jueces para imponer dicha sanción.

3.6. PROCEDIMIENTOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.6.1. Procedimiento de recolección de Datos.

Para el desarrollo de la presente investigación aplicamos instrumentos de recolección de datos que miden las variables de estudio, para ello se procedió de la siguiente manera:

- a) Se solicitó la autorización formal a las instituciones para proceder con la recolección de datos e informaciones.
- b) Se procedió a recolectar la información durante tres semanas aproximadamente con material impreso en el momento oportuno.
- c) Para la aplicación de los instrumentos de recolección de datos se empleó un tiempo aproximado de 10 minutos.
- d) Luego de recolectado los datos, se procedió al procesamiento de los mismos.
- e) Posteriormente se analizó e interpretó los datos previamente procesados.
- f) Para no atentar contra la ética de la investigación y la confidencialidad de la información vertida por los sujetos de

estudio, luego del análisis e interpretación de los datos, se desechó el instrumento utilizado en la recolección de datos.

3.6.2. Técnicas de recolección de datos.

Las técnicas a utilizarse en el estudio serán:

- Análisis documental
- Entrevistas

3.6.3. Instrumentos de recolección de datos.

El instrumento utilizado en la presente investigación fue la encuesta, previamente elaborado.

También se empleó como instrumento la Ficha de Registro, donde se anotaron las observaciones y datos encontrados en los documentos que formaron parte del análisis documental.

3.6.4. Fuentes de recolección de datos.

▪ Recortes periodísticos entre los años 1996 a 2013.

Mediante este instrumento, se pretenderá realizar un adecuado análisis del contexto político imperante durante los primeros 20 años de su vigencia del convenio desde que fue ratificada por el Estado Peruano, así como la constitución de 1993, para así llegar a una comprensión adecuado del espacio-tiempo de su aplicación de dicho cuerpo normativo en distintos casos sometidos a la justicia Estatal.

- **Análisis Documental.**

Por medio del análisis exhaustivo de las resoluciones emitidas por los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto sobre los miembros de los pueblos indígenas, se verificará cuáles han sido los criterios jurídicos que han adoptado, en aras de impartir justicia y los motivos que los alejaron de las normas internacionales y nacionales.

3.6.5. Procesamiento de información.

El procesamiento de la información se realizó mediante los programas tecnológicos: Microsoft Word y Excel, de Microsoft Office 2010. Una vez aplicadas las entrevistas procedí a tabular los resultados a través de la Estadística Descriptiva, utilicé cuadros en donde se anotó los indicadores, frecuencia y tanto por ciento. Se utilizaron pasteles para graficar los resultados y conjuntamente se exponen criterios en el análisis e interpretación de resultados.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS Y RESULTADOS

En los últimos años el sistema penitenciario y carcelario de nuestra región Loreto, ha albergado a miembros de los pueblos indígenas y ha experimentado un crecimiento importante, el cual la mayoría se encuentra recluidos en el pabellón dos, primer piso del Establecimiento Penitenciario de varones de Iquitos, quienes por el abandono total de sus familiares y por la necesidad de hacer frente a la supervivencia en dicho centro y en aras de hacer prevalecer su identidad y el reconocimiento de su cultura hacia los operadores de justicia estatal, se han agrupado entre distintos miembros pertenecientes a diferentes pueblos indígenas, dentro de los cuales se encuentran por ejemplo personas pertenecientes al pueblo, Cocama, Quechua, Yahua, Huambisa, Tikuna y Chama e incluso personas del pueblo Shawi y Awajun que posteriormente, luego de cumplir sus condenadas fueron liberados.

Por otra parte, el número de personas privadas de la libertad han sido condenadas con altísimas penas, y hay personas que a pesar de tener más de 60 años ha sido condenado con pena severa y otros que a pesar que durante muchos años se encuentran purgando sus penas, éstos no han tenido la posibilidad de tener beneficios carcelarios, pasando el deterioro de su cultura, y su aspecto psicológico.

Esta tendencia expansionista de encarcelamiento del mundo occidental, parece haber alcanzado con la misma intensidad a los pueblos indígenas de Loreto.

En efecto, según las informaciones no estadísticas suministradas por la Corte Superior de Justicia de Loreto, el total de indígenas identificados y recluidos actualmente en el Centro de Rehabilitación Penitenciaria de Iquitos asciende a 15, los cuales, todos son hombres. En cuanto a la situación jurídica de estos indígenas, se encuentran condenados con altísimas penas, como señalamos en líneas arriba.

Respecto al tiempo de condena, encontramos a indígenas condenados a penas entre 10 a 35 años; y más de 30 personas fueron encarceladas y luego liberados

por cumplir las penas impuestas y otros liberados por falta de pruebas. Sin embargo in situ del centro penitenciario de Iquitos aún hay más de 50 indígenas encarcelados en calidad de inculpados.

En relación con los delitos cometidos por indígenas, el delito de violación sexual de menor de edad es el más reiterado. Siguen en su orden los delitos tipificados sobre homicidio entre otros delitos. Lo que se puede apreciar y resaltar es la ausencia de las mujeres indígenas en dicho centro penitenciario de Iquitos.

Finalmente, los datos de la población reclusa indígena por etnias, indican que el mayor número de indígenas encarcelados corresponde al pueblo indígena Cocama, seguido en su orden por el pueblo indígena Tikuna, Yahua, Quechua con, Wampis y el pueblo indígena Chama.

En el presente capítulo analizaremos, desde el marco legal y teórico desarrollado, algunas sentencias que sirven de muestra al presente trabajo de investigación.

Análisis de los criterios jurídicos adoptados por jueces de la región, donde se decidió encarcelar a los miembros de los pueblos indígenas de la región Loreto.

1.- SALA PENAL-Sede Central

EXP. N° 100-2012-0-1903-SP-PE-01

Hechos.

Que en el mes de enero del año 2011 a horas 18:30 aproximadamente, el procesado de iniciales R.R.A., violento sexualmente a la menor de iniciales J.B.C.O de siete años de edad, hecho producido en el baño del domicilio de la menor agraviada, ubicado en la primera cuadra de la calle Pevas, Distrito de Pevas, Provincia de Ramón Castilla.

Manifestaciones del procesado.

Manifiesta que sí acepta haber intentado violentar sexualmente a la menor, y niega haber hecho lo dicho en su manifestación policial, alegando que la policía misma puso la parte que señala: “*que introdujo el dedo en la vagina de la menor*”; asimismo el procesado señala que, solo sobo con su pene en la vagina de la menor y al ver que no le paraba solo la toco, pero que no le introdujo el dedo y se rectifica en todos los extremos que en ningún momento ha abusado sexualmente de la menor.

Consideraciones de la Sala Penal de Loreto.

Considera que la conducta incriminada del acusado, cumple con el elemento objetivo y subjetivo, el cual se encuadran en la estructura típica del delito a razón de los medios probatorios: declaración policial a nivel preliminar del acusado; ampliación de su manifestación ante el Ministerio Público; declaración preliminar ante la policía de la menor agraviada; manifestación de la madre de la menor a nivel preliminar; la apreciación Clínica Oficio N° 154-2011 de la menor; Protocolo de Pericia Psicológica N° 004375-2013-PSC de la menor donde concluye que el idioma castellano no es su idioma natal; copia de la partida de nacimiento de la menor; certificado de antecedentes policiales del procesado. Asimismo la Sala Penal de Loreto considera como mero alegato de defensa del procesado, toda conducta desplegada por el procesado a nivel de instrucción y de juicio oral y considera como prueba objetiva las declaraciones de la menor agraviada, por lo que señala que la conducta del acusado se ajusta a la hipótesis incriminatoria formulada por el Ministerio Público siendo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Establece que el acusado no ha actuado en ninguno de los supuestos permisivos, ni de las eximentes incompletas, por lo que les es imputable objetivamente al acusado y por tanto reprochable penalmente. De igual manera desprende que el acusado no se ha encontrado en alguna de las causales de inimputabilidad.

Fallo de la Sala.

Condenando a R.R.A, como autor del delito Contra la Libertad Sexual-Violación de Menor de Edad, en agravio de la menor de iniciales J.B.C.O.; impusieron Treinta y Cinco años de Pena Privativa de Libertad con carácter de efectiva; fijaron por concepto de reparación de la civil la suma tres mil nuevo soles a favor de la agraviada.

Análisis.

la Sala Penal de Loreto, en ninguno de los considerados aplica los criterios de la aplicación de la pena que señala el artículo 45° inciso 2) del Código Penal, tampoco toma en cuenta el artículo 15° del mismo cuerpo normativo, que trata sobre error de comprensión culturalmente condicionado y solo toma en consideración de manera cerrada los elementos objetivos y subjetivos y toma como elemento de prueba de contundencia objetiva las declaraciones de la menor agraviada y de la madre de la misma así como algunos documentos recabadas en las diligencias de la investigación. En esta decisión podemos apreciar que la sala no tiene ni la mínima idea o la motivación de ir más para no vulnerar los derechos que le asiste al sentenciado ni se toma la molestia en realizar una investigación profunda sobre el sentenciado, ya que no existe ninguna pericia antropológica, a pesar la sala de tener conocimiento que el sentenciado provenía de un pueblo indígena en ninguna de sus consideraciones ha tomado en cuenta dicha condición, donde haya podido tener la posibilidad de una atenuación de la pena; por lo que podemos apreciar claramente de como se ha vulnerado de manera arbitraria el derecho que le asiste a un miembro indígena, no solo el derecho consagrado en la constitución política del Estado sino, los derechos reconocidos a nivel internacional como el de la OIT.

2.- 2° SALA PENAL-Sede Central

EXP. N° 02061-2010-0-1903-SP-PE-01

Hechos.

Que en la fecha seis de julio del año 2007, el inculpado de iniciales W.P.P., mantuvo relaciones sexuales con las menores de iniciales E.R.A. y D.N.R.A, hecho producido en la comunidad de San Martin de Tipishka, ubicado en el Distrito de Parinari, Provincia de Loreto Nauta.

Manifestaciones del procesado.

Manifiesta que mantuvo relaciones sexuales con las menores agraviadas durante muchos largos tiempos y en reiteradas ocasiones, y que las veces que lo hacía eran en ausencia de los padres de los menores cada vez que estos se quedaban solas cuando los padres viajaban en la capital del Distrito de Parinari. Manifiesta que siempre creyó que si una menor ya tiene los senos crecidos ya puede mantener relaciones sexuales y que por ello pesé a que tenían miedo las menores en tener las relaciones sexuales las convenció y los hizo en más de dos ocasiones y señala también, que es origen del pueblo Kukama de San Martin de Tipishka.

Consideraciones de la Sala Penal de Loreto.

Que todo lo actuado se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito investigado y la responsabilidad del citado acusado y que se encuadra en los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Asimismo la Sala Penal señala que el delito de violación sexual de menor de edad se realizó con dos menores y que el inculpado cumplió su propósito, aprovechándose de la incapacidad razonable de los menores para mantener relaciones sexuales. Establece nuevamente que el acusado no ha actuado en ninguno de los supuestos permisivos, ni de las eximentes incompletas, por lo que les es imputable objetivamente al acusado y por tanto reprochable penalmente. De igual manera desprende que el acusado no se ha encontrado en alguna de las

causales de inimputabilidad ya que al encontrarse cerca de la población mestiza, éste ya asimilo por completo a una cultura distinta y que además ya no tiene prácticas a la de su costumbre antigua por lo que no se podría atenuarse la pena.

Fallo de la Sala.

Condenando a W.P.P, como autor del delito Contra la Libertad Sexual-Violación de Menor de Edad, en agravio de las menores de iniciales E.R.A. y D.N.R.A.; impusieron Veinticinco años de Pena Privativa de Libertad con carácter de efectiva; fijaron por concepto de reparación civil la suma de quinientos nuevo soles a favor de la agraviada.

Análisis.

Es cuestionable, porque en su fundamentación deja muchas dudas que requiere muchas diligencias para dejar absueltas algunos vacíos, solo toma en cuenta los elementos objetivos y subjetivos y basta con estos les es suficiente para argumentar su sentencia. Es claro y evidente cuando en su considerando señala que el hecho de que pertenezca el sujeto a un pueblo indígena no se les puede eximir de la responsabilidad por considerarse que éste ya se había asimilado por completo por otra cultura distinta a la suya y que además las prácticas de su costumbre ya se habían desaparecido. Demuestra el desconocimiento que tienen los magistrados de las costumbre indígenas, además esas consideraciones se hicieron sin ningún estudio antropológico, sobre esto juega el papel que desempeñan los abogados de la defensa, pues no existe ningún alegato que argumente la condición indígena, tampoco presentaron la pericia antropológica, una clara falta de preparación y desconocimiento sobre las mismas. Existe una vulneración y violación de las normas internacionales de los derechos de los pueblos indígenas. Aquí existe una clara discriminación por parte de los magistrados, porque no se respetó el derecho a la identidad cultural, reconocido no solo en las normas internacionales si no en nuestra carta magna.

3.- SALA PENAL-Sede Central

EXP. N° 451-2012-0-1903-SP-PE-01

Hechos.

Que en el año 2004, el procesado de iniciales R.S.H., mantuvo relaciones sexuales con la menor de iniciales Y.S.I de catorce años de edad, hecho producido en la casa de los padres. Que el procesado aprovechando la ausencia de la madre de la menor, cometía su mala acción haciendo ingresar a muchachos dentro de la casa de la menor. Que el hecho se produjo en el caserío San Pedro Falcón, Quebrada de Yanayacu.

Manifestaciones del procesado.

Manifiesta que mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, quien era su entenada y que la reconoció como su hija, con el consentimiento de ella, y que todo el tiempo tuvo las intenciones de tomarla como su mujer a la agraviada. Sostiene que no sabía que mantener una vida sexual con una mujer de catorce años era delito, añadiendo que en su caserío muchas mujeres tradicionalmente empiezan su convivencia a los trece años. Refiere ser del pueblo cocama.

Consideraciones de la Sala Penal de Loreto.

La sala penal en su considerando señala que todo lo actuado se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito investigado y la responsabilidad del citado acusado y que no se ha acreditado fehacientemente que la menor tenía 14 años y que la evaluación Médica ha sido realizada por un técnico de la posta de dicho caserío, en todo caso se ha acreditado el delito de seducción, por lo que es de aplicación el principio de Determinación Alternativas, que es procedente por el delito de seducción, tiene una penalidad menor al delito de Violación Sexual de menor de catorce años y por lo que se debe tener en consideración su confesión sincera durante todo el proceso. Sin embargo la Sala Penal Considera que la manifestación de pertenecer a un pueblo indígena

carece de credibilidad, éste al no ser mostrado ante el colegiado con un documento expreso sustentado que acredite tal condición.

Fallo de la Sala.

Condenando al procesado R.S.H, convicto y confeso del delito de violación de la Libertad Sexual (violación sexual de menor de catorce años) en agravio de la menor de iniciales J.B.C.O.; impusieron veinte años de Pena Privativa de Libertad con carácter de efectiva; fijaron por concepto de reparación civil la suma mil nuevo soles a favor de la agraviada.

Análisis.

Resulta contradictorio la fundamentación de la sentencia, cuando señala primero que se ha acreditado fehacientemente los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y luego señala que no se ha acreditado verídicamente la edad de la menor agraviada, luego en una parte señala que la evaluación médica carece de credibilidad y reconoce de manera indirecta de que el inculpado es de un pueblo indígena, sin embargo señala que no está comprobado dicha condición, finalmente señala que se trataría de un delito de seducción, condenándole a veinte años de pena privativa de libertad efectiva, sin fundamentar porque la comprensión del carácter delictuosa se halla disminuida. Observamos que no se aplica las eximentes de la responsabilidad, por lo que los magistrados constitucionalmente están obligados a motivar sus sentencias, de conformidad con el artículo 139° inciso 5) del establecido en la Constitución política del Perú. Asimismo los magistrados de la Sala Penal omitieron los criterios jurídicos que obliga a los magistrados el artículo 45° del código Penal y el artículo 9° inciso 2) de la OIT que establece: *que las autoridades y los tribunales a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos de la materia.* Éste artículo que forma parte del bloque de constitucionalidad, ordena tomar en cuenta la costumbre indígena para definir la responsabilidad penal. Finalmente observamos que se ha afectado su derecho a la identidad cultural y su dignidad humana, por el desconocimiento.

4.- 3° JUZG.PEN.INV.PREP.-Sede Central

EXP. N° 1580-2013-0-1903-SP-PE-01

Hechos.

El inculpado de iniciales J.M.R. mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada de iniciales M.A.L.D. Que aprovechándose, el inculpado en calidad de padrastro de la menor agraviada en febrero dos mil cuatro, en circunstancias en que dormía con sus dos menores hermanos, la golpeo y violó por la vagina y le tapó la boca amenazándola que lo iba matar si revela el hecho. La ultraja sexualmente nuevamente en abril dos mil cuatro, enero y febrero del dos mil cinco. El hecho se produjo en el caserío ubicado por el río Napo.

Manifestaciones del procesado.

El inculpado señala haber mantenido relaciones sexuales, acepta los cargos que se le imputan y manifiesta haber mantenido relaciones sexuales por más en cuatro oportunidades con la menor agraviada, no recordando el año donde se produjo el hecho por primera vez y que lo hacía por amor y por consentimiento de la menor y que desconocía que mantener relaciones sexuales con una menor de esa edad era delito ya que en su comunidad es común que mujeres de esa edad mantengan relaciones sexuales. Señala que es del Pueblo Quechua.

Consideraciones del 3° JUZG.IVEST.PREP.

Si bien es cierto que el procesado proviene de la comunidad Quechua, esto no ha sido acreditado por el inculpado por un documento que acredite fehacientemente tal condición. Además el inculpado vive en una comunidad ya civilizada donde la cultura dominante es la mestiza, por lo que la simple alegación de pertenecer a un pueblo indígena, no puede ser causal de justificación de su responsabilidad. Teniendo en cuenta las manifestaciones de la menor y de la madre de la misma, así como la evaluación médica, se

tiene por individualizado la responsabilidad del inculpado. Por lo que no se puede atenuar la pena ya que el inculpado vive en una comunidad donde predomina la cultura occidental.

Fallo del Juzgado.

Condenando al procesado J.M.M.R., convicto y confeso del delito de violación de la Libertad Sexual (violación sexual de menor de doce años) en agravio de la menor de iniciales L.D.M.A.; impusieron veinte cinco años de Pena Privativa de Libertad con carácter de efectiva; fijaron por concepto de reparación civil la suma tres mil nuevo soles a favor de la agraviada.

Análisis.

Señala si bien es cierto que el sentenciado proviene del pueblo Quechua, ubicado por el río Napo, en atención que el procesado se ha identificado como tal, no menos es cierto ya que no ha acreditado con documento que acredite fehacientemente tal condición. En consecuencia señala que no estamos ante un error de prohibición culturalmente condicionado. En este criterio considerado por el Juez, debemos señalar que los jueces tienen la obligación de motivar sus resoluciones y para ello realizar todas las diligencias necesarias para esclarecer cualquier duda que podrían vulnerar cualquier derecho del procesado; sin embargo apreciamos que el magistrado no realizó dicha diligencia, ni solicitó la pericia antropológica para determinar la calidad del sentenciado. Y no solamente podemos hacer crítica a los jueces, sino también que es una obligación de la defensa de acreditar y probar ante el Juez la condición del procesado, observamos la poca responsabilidad de la de los abogados que asumen la defensa de los indígenas. De la revisión de autos apreciamos que el sentenciado pese haber denunciado que los datos de la menor agraviada eran falsos esto no fue tomado en cuenta por el colegiado, es decir no se ha efectuado una valoración correcta de las pruebas, por lo que se continuó con normalidad el proceso hasta encarcelarlo. Resulta evidente la vulneración los derechos del debido proceso, la identidad cultural del procesado y no ha tenido una debida defensa durante todo el proceso de

investigación, ya que solo fue sentenciado y encarcelado con la versión de la menor y de la madre adicionada con el resultado de la evaluación médica.

5.- 2° JUZGADO PENAL DE MAYNAS-Sede Central
EXP. N° 987-2003-0-1903-SP-PE-01

Hechos.

Que en el mes de julio del año 2001 a horas de la madrugada, el procesado de iniciales L.M.Y. de la comunidad de Yarinacocha-Pucallpa, del pueblo Indígena Chama, ocasiona la muerte del occiso de iniciales B.W.SH. Hecho producido en la localidad yarinacocha.

Manifestaciones del procesado.

Manifiesta que la acusación hacia su persona es injusta, porque fue una confusión y como tenía una rivalidad muy fuerte con el occiso por tema de terreno le sindicaron directamente como el autor directo, porque se encontró el cadáver en el terreno del acusado. Asimismo manifiesta que los familiares del agraviado armaron todo ese hecho hasta incluso le sindicaron que había mandado a matar. Manifiesta que le acusan porque en el día de los hechos le vieron comprar dos cartuchos de escopeta de caza. Que señala que es un comunero indígena del Pueblo Chama.

Consideraciones del Segundo Juzgado Penal.

El juzgado toma en consideración la acusación del ministerio público que señala que el procesado fue encontrado salir del lugar de los hechos donde fue encontrado el cadáver. Asimismo señala que el arma que porta el procesado es de manera ilegal. Asimismo la fiscalía señala que las declaraciones del procesado es contradictorio, ya que previo del suceso tanto el occiso y el procesado tuvieron riñas y dentro de unos momentos se había escuchado el disparo y que las amenazas de muerte por parte del procesado

hacia el occiso era constantemente reiterada. Que en la declaración preliminar cuando fue detenido por la policía había aceptado los cargos que se le imputaba, sin embargo ante el ministerio público contradijo lo dicho. Que no existe ningún documento que acredite que pertenece a una comunidad indígena y comprende de manera al castellano y acepta en una de sus declaraciones su responsabilidad.

Fallo de la Sala.

Condenando a L.M.Y, como autor del delito Contra la vida, el cuerpo y salud Homicidio Calificado-Asesinato, en agravio del occiso iniciales B.W.SH.; impusieron trece años de Pena Privativa de Libertad con carácter de efectiva; fijaron por concepto de reparación de la civil la diez mil nuevo soles a favor del agraviado.

Análisis.

Nuevamente observamos que los criterios que aplica el magistrado del segundo juzgado Penal de Maynas, no practica las diligencias necesarias para fundamentar y motivar la sentencia, considera como pruebas las declaraciones de los familiares del agraviado y de la acusación formulada por el ministerio público. Para el juzgado es suficientemente las declaraciones contradictorias del procesado para responsabilizar como autor del delito. En la revisión de autos no se valorizaron los medios probatorios del procesado tampoco se consideró la condición de indígena para atenuar la pena o sancionar conforme lo señala las normas internaciones, se viola nuevamente el derecho a la identidad cultural, pese a tener conocimiento que el procesado no habla bien el castellano, con la presión de los familiares y por los alegatos presentados por el abogado del agraviado, fueron suficientes para poder emitir una sentencia que conllevaría al encarcelamiento, en la que actualmente sigue purgando penas.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN, EN LA PROVINCIA DE MAYNAS- IQUITOS

PRIMERA PREGUNTA

1. ¿Conoce Ud. Quienes son los Pueblos Indígenas, sus costumbres e idiomas, existentes en la Región Loreto?

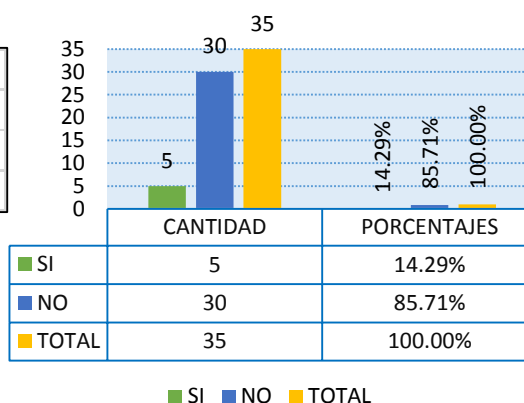
CUADRO 1

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	5	14.29%
NO	30	85.71%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 1



Análisis e interpretación:

El catorce por ciento de los encuestados, que corresponde a cinco abogados, contestan que sí conocen quienes son los pueblos indígenas, sus costumbres e idiomas de la región Loreto; mientras que el ochenta y seis por ciento que corresponden a treinta abogados contestan que no.

SEGUNDA PREGUNTA

2. ¿Conoce Ud., el alcance jurídico del Convenio 169 de la OIT y si es vinculante y de obligatoria aplicación en los poderes del estado?

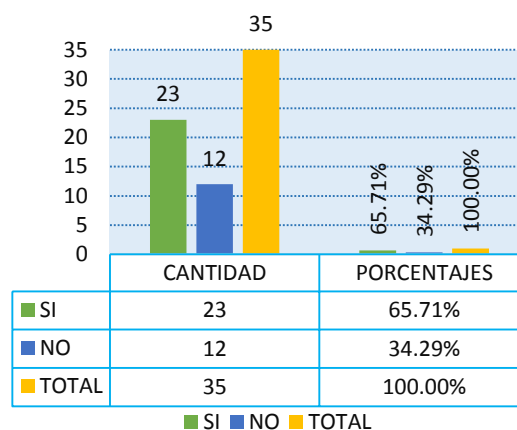
CUADRO 2

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	23	65.71%
NO	12	34.29%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 2



Análisis e interpretación:

El sesenta y seis por ciento de los encuestados, que corresponde a veintitrés abogados, contestan que si conocen el alcance jurídico, su carácter vinculante y su aplicabilidad en los poderes del Estado; mientras que el treinta y cuatro por ciento de los encuestados que corresponde a doce abogados contestan que no.

TERCERA PREGUNTA

3. ¿Conoce Ud., la jerarquía del Convenio 169 de la OIT como Tratado Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación peruana?

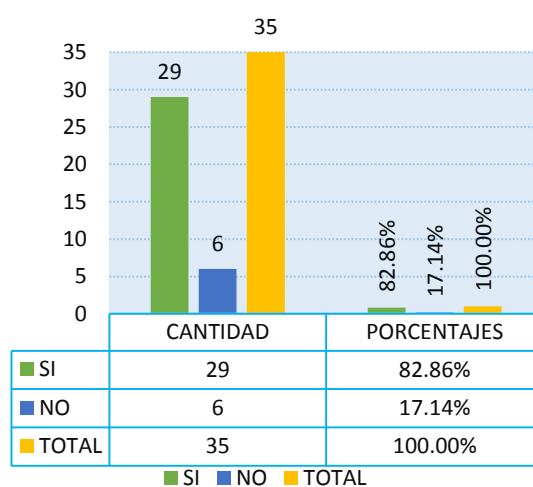
CUADRO 3

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	29	82.86%
NO	6	17.14%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa

GRAFICO N° 3



Análisis e interpretación:

El ochenta y tres por ciento de los encuestados, que corresponde a veintinueve abogados, contestan que si conocen la jerarquía del convenio 169 de la OIT; mientras que el diecisiete por ciento que corresponde a seis abogados manifiestan que no conocen la jerarquía de dicho tratado internacional.

CUARTA PREGUNTA

4. ¿En su Opinión, los jueces tienen la obligación de aplicar directamente los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Jurisprudencias de la CIDH y del TC?

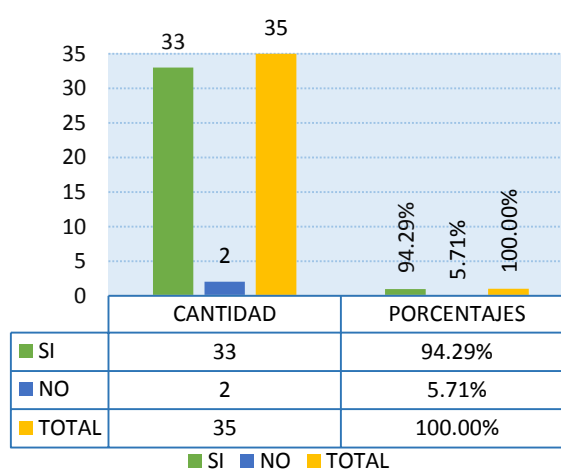
CUADRO 4

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	33	94.29%
NO	2	5.71%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 4



Análisis e interpretación:

El noventa y cuatro por ciento de los encuestados, que corresponde a treinta y tres diecisiete abogados, contestan que sí los jueces están obligados aplicar directamente los tratados internacionales y las jurisprudencias del TC y de la CIDH, sobre derechos humanos al momento de administrar justicia; mientras que el otro seis por ciento que corresponde a dos abogados contestan que no.

QUINTA PREGUNTA

5. ¿Considera Ud., que el derecho a la protección de los derechos culturales, de la identidad cultural, y el ejercicio del derecho consuetudinario son derechos fundamentales de los indígenas?

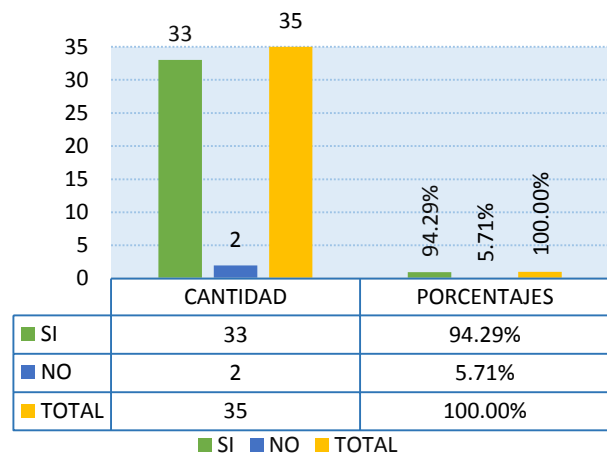
CUADRO 5

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	33	94.29%
NO	2	5.71%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 5



Análisis e interpretación:

El cien por ciento de los encuestados, que corresponde a treinta y cinco abogados contestan que sí creen que la identidad cultural y el ejercicio del derecho consuetudinario son derechos fundamentales de los indígenas; aquí podemos observar que no hay ni un abogado que no reconozca dichos derechos, como derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

SEXTA PREGUNTA

6. ¿Considera Ud., que es obligatorio aplicar las penas alternativas que a la pena privativa de libertad, teniendo en cuenta el derecho a las diferencias culturales, al momento de sentenciar a un indígena de Loreto en la justicia ordinaria?

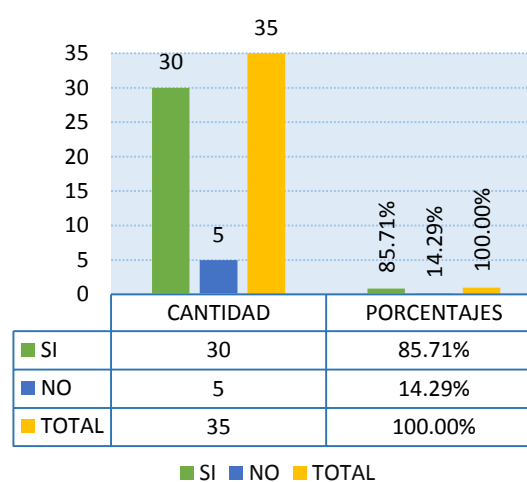
CUADRO 6

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	30	85.71%
NO	5	14.29%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 6



Análisis e interpretación:

El ochenta y seis por ciento de los encuestados, que corresponde a treinta abogados, sí consideran que al momento de juzgar a un indígena por la justicia común, sí es obligatorio aplicar las sanciones distintas al encarcelamiento, es decir aplicar las penas alternativas distintas al encarcelamiento; mientras que el catorce por ciento de los encuestados, que corresponde a cinco abogados, consideran que no es obligatoria la aplicabilidad de penas alternativas.

SEPTIMA PREGUNTA

7. ¿Cree Ud., que en la Corte Superior de Justicia de Loreto, se administra justicia sobre los indígenas conforme señala el Convenio 169 de la OIT?, y si es así, crees Ud., que los operadores de Justicia de la región conocen las normas internacionales que tutelan a los miembros de los PP.II?

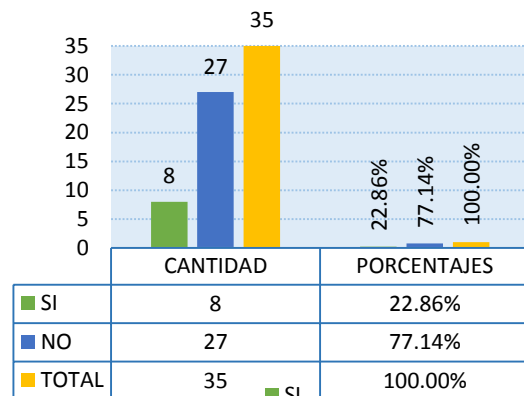
CUADRO 7

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	8	22.86%
NO	27	77.14%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 7



Análisis e interpretación:

El veintitrés por ciento de los encuestados, que corresponde a ocho abogados contestan que, sí creen que en los operadores de justicia de Loreto reconocen las normas internacionales y que por tanto administran justicia sobre los indígenas conforme al convenio 169 de la OIT; sin embargo el otro setenta por ciento que corresponde a 27 abogados, contestan que no creen que se administre justicia conforme lo establecen las normas internacionales que reconocen a los derechos de los indígenas y que en tal sentido mucho menos los operadores de justicia podrían conocer normas internacionales que tutelan a los pueblos indígenas.

OCTAVA PREGUNTA

8. ¿Para Ud., se deben encarcelar a los indígenas de la región Loreto?

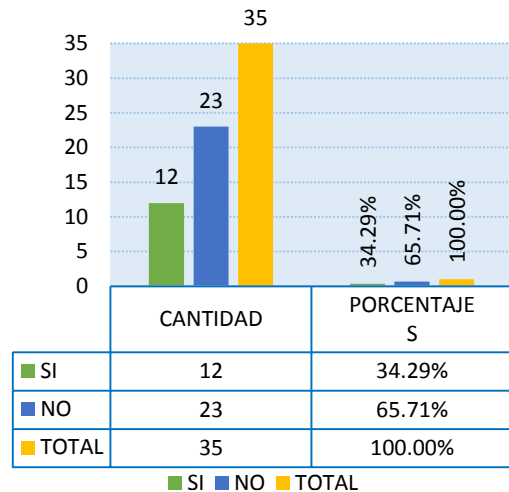
CUADRO 8

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	12	34.29%
NO	23	65.71%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 8



Análisis e interpretación:

El treinta y cuatro por ciento de los encuestados, que corresponde a doce abogados, contestan que a los indígenas de la región Loreto, Sí se debe encarcelar, agregando dependiendo el caso, mientras que el sesenta y seis por ciento que corresponde a veintitrés abogados, contestan que no.

NOVENA PREGUNTA

9. ¿Cree usted, que las normas de sanción penal en la jurisdicción ordinaria están desarrolladas acorde a las normas internacionales de derechos humanos y dentro del marco del derecho constitucional?

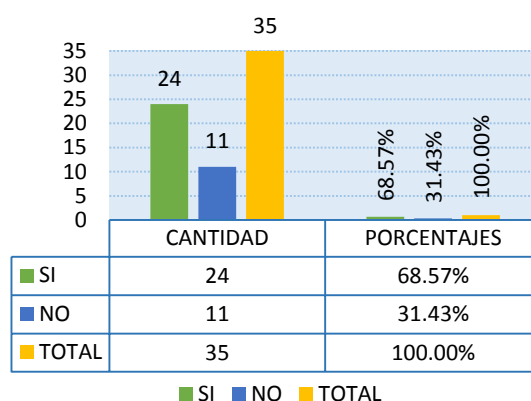
CUADRO 9

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	24	68.57%
NO	11	31.43%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 9



Análisis e interpretación:

El sesenta y nueve por ciento de los encuestados, que corresponde a veinticuatro abogados, contesta que si creen que las normas de sanción penal en la jurisdicción ordinaria están desarrolladas dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos así como en la constitución política, mientras que el treinta y uno por ciento de encuestados correspondientes a once abogados contestan que no, por ser una ley desarrollado desde la concepción positivista y de ahí que corresponde realizar un control de convencionalidad y hacer una aplicación post positivista, ya que la ley penal no toma en cuenta en profundidad las diferencia culturales existentes con los pueblos indígenas.

DECIMA PREGUNTA

10. ¿ Considera usted, que lo que motivó a los operadores de justicia de la región Loreto, a omitir o a no invocar las normas internacionales y luego encarcelar a indígenas, es porque falta un procedimiento que regule la aplicación de dichas normas internacionales que amparan a los indígenas?

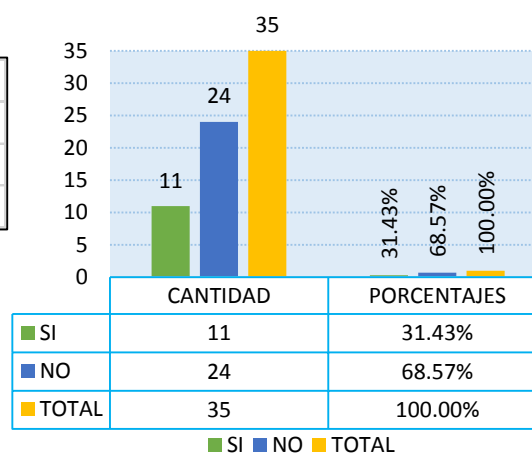
CUADRO 10

VARIABLE	CANTIDAD	PORCENTAJES
SI	11	31.43%
NO	24	68.57%
TOTAL	35	100.00%

Fuente: Encuesta aplicada (21-11-2014)

Autor: Esaú Kuji Chimpa.

GRAFICO N° 10



Análisis e interpretación:

El treinta y uno por ciento de los encuestados, que corresponde a once abogados, contesta que sí consideran que la falta de un procedimiento penal que regule la correcta aplicación de las normas internacionales de los pueblos indígenas ocasiona el encarcelamiento de los indígenas; sin embargo el sesenta y siete por ciento que corresponde a veinticuatro abogados encuestados manifiestan que la falta de conocimiento y comprensión de que el Perú es un país pluricultural y por ende significa la existencia de más de un sistema jurídico es lo que ha motivado dichas decisiones por parte de los magistrados, por lo que asimismo contestan que los tratados de derechos humanos son auto aplicables y no requieren de normas de desarrolla para ser efectivos.

CONCLUSIONES

Del análisis anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones principales:

1. Con respecto a la definición siguiendo las ideas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no existe una definición precisa sobre los “pueblos indígenas”, no obstante, en el derecho internacional y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos, sin embargo, el derecho internacional si proporciona algunos criterios útiles para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como “pueblo indígena. Es así que, el derecho internacional considera como pueblos indígenas a aquellos pueblos que se encuentren en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. De acuerdo a los Censos Nacionales realizado en nuestro país podemos apreciar que la población indígena en el Perú asciende el 40% de toda la población peruana, dentro de ellas, Loreto es uno de los departamentos que reúne la mayor diversidad de pueblos indígenas u originarios.
3. La Constitución Política del Perú de 1993 vigente, en su artículo segundo de su cuerpo normativo reconoció el carácter pluricultural que ostenta nuestro país, dando lugar a la adopción del principio fundamental del respeto a la diversidad étnica y cultural, caracterizándose de esa forma como un estado integracionista.
4. El control de convencionalidad es una Técnica de Control Normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y otros que los jueces nacionales y la Corte Interamericana de

Derechos Humanos efectúan a fin de determinar la conformidad del Derecho Interno de los Estados a los estándares impuesto por las obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que han sido asumidos por ellos mismos.

5. El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter *concentrada* aplicada por parte de la Corte Interamericana en sede internacional; y otra de carácter *difusa* impartida por los jueces nacionales, en sede interna. El control difuso de convencionalidad, obliga a los jueces nacionales aplicar los tratados o convenios internacionales firmados por el estado

6. Nuestra Carta Magna vigente, ha establecido en su cuarta Disposición Final y Transitoria que “Las Normas relativas a los derechos y libertades que la constitución reconoce se interpreta de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú y que es una regla de interpretación de los derechos fundamentales de rango constitucional y de carácter obligatoria para todos los que aplican e interpretan las normas relativas a los derechos y libertades que reconoce la constitución.

7. El Convenio N° 169 de la OIT, son de obligatorio cumplimiento para los países que lo han ratificado, tienen rango Constitucional y son parte del derecho interno, por lo tanto los derechos internos, deben ser interpretadas dentro del marco constitucional y de los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, mucho más si se trata de un tratado sobre derechos humanos, el cual tiene la jerarquía constitucional.

8. La obligación de los jueces cuando se encuentre frente a un caso que involucre a personas pertenecientes a pueblos indígenas debe preferir penas alternativas, es decir sanciones distintas al encarcelamiento, que no sea una pena privativa de la libertad.

9. Los jueces tienen la obligación de tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales, al momento de impartir justicia a miembros de pueblos indígenas, para lo cual se concretaría en la obligación de realizar peritajes antropológicos.
10. Desde el punto de vista normativo, es necesario precisar que en Loreto los indígenas pueden ser juzgados y condenados por la jurisdicción penal ordinaria, a través de procesos y procedimientos adelantados dentro de las competencias y límites formales que especifican las normas internacionales, constitucionales y las leyes. Pese al “deber ser” signado en las normas constitucionales, mandatos que preceptúan la protección reforzada de las comunidades indígenas, la reivindicación de la característica multiétnica y pluricultural de la Nación, dando el reconocimiento de la existencia y la garantía de la aplicación del Derecho Propio de los indígenas, y a pesar de la norma expresa del principio de favorabilidad penal para indígenas, contenido en el artículo 10° del Convenio 169 de la OIT, el sistema penitenciario sigue ocupándose del castigo de indígenas sin implementar un enfoque diferencial específico.
11. Asimismo, se concluye, que la aplicabilidad de las normas ordinarias sobre los miembros que pertenecen a pueblos Indígena, está limitada por las condiciones que determina la Constitución de la República, los instrumentos jurídicos internacionales y otras Leyes nacionales.
12. Es necesario establecer directrices que implementen sobre el proceso sobre los tratos que se deben dar a los indígenas como obliga los mandatos de la convención, tratados y la norma constitucional, para que no se violen, el derecho que les asiste y puedan gozar el mismo derecho y las garantías necesaria en su defensa, y así poder eliminar los estereotipos discriminatorios que de cierta manera limita y prohíbe hacer uso de sus derechos cuando son acusados de ciertos delitos graves o para la prevención en el conocimiento de la causa, o cuando se trate de vulneración de derechos, o cuando se trate de infracciones cometidas en otra jurisdicción territorial por miembros de su Comunidad.

RECOMENDACIONES

1. Fortalecer los mecanismos y criterios de coordinación entre las autoridades indígenas y las autoridades del sistema de justicia ordinaria en el marco de un diálogo intercultural, con participación de ambas autoridades.
2. Exhortar a las autoridades judiciales, a capacitarse y contratar personas especializadas sobre las normas internacionales, y que se practiquen las pericias antropológicas, se respete los derechos a la identidad cultural y se aplique los criterios de los tratados internacionales en el momento de la aplicación de la pena, por ser éste vinculante y de obligatorio cumplimiento.
3. Generar espacios de formación, de capacitación e intercambios de saberes con enfoque intercultural para los operadores de justicia ordinaria, con participación paritaria replicando las experiencias de los centros de justicia intercultural de los distritos judiciales de San Martín y Cajamarca.
4. Recomendar a las autoridades educativas de todos los niveles de educación la creación de cursos que promuevan el estudio profundo y la reflexión de la diversidad cultural del Perú con el fin de impulsar la comprensión intercultural y el pluralismo jurídico en nuestra sociedad.
5. Aplicar dentro de la administración de justicia ordinaria, los métodos de sanción que utilizan los indígenas para reprimir a sus miembros cuando estos cometen delitos, siempre y cuando estos métodos no sean contrarias a los derechos fundamentales reconocidos por la normas.
6. Crear en los distritos judiciales instancias de coordinación entre las autoridades de la justicia ordinaria y de los pueblos indígenas, de composición paritaria, mixta intercultural, con representantes indígenas designados por ellos mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Arias Torres, L. M. (2000). *Manual del Derecho Penal. Parte General*. Lima: Santa Rosa.
- Ariza Libardo Jose, Z. C. (2012). Cárcel Kapuria: Las Rutas de Encarcelamiento de Indígenas de Colombia. *Revista Jurídica de Palermo*, 96.
- Atarama Lonzo, A. N. (2011). Justicia Comunal y Administración de Justicia/ una Visión Empírica de nuestra Diversidad Cultural. *Justicia Comunal e Indígena*, 120.
- Becerra, N. (1997). *Derecho Penal y Diversidad Cultural. La Cuestión Indígena*. Buenos Aires: Argentina.
- Bodmer, P. M. (2009). *Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana*. Iquitos.
- Cardenas Ruiz, M. (2012). Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal. *Derecho & Cambio Social*, 112.
- Cobo del Rosal, V. A. (1990). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia.
- Delgado., J. A. (1999). *la reparación como Sanción Jurídico Penal*. Lima.
- Espasa. (2001). *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. España: Espasa.
- Ferri, E. (1993). *Principios de Derecho Criminal*. Madrid: Reus.
- Florentino, F. (2012). *Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*. Bogotá.

- Ginebra, O. I. (2013). *Comprender el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales 1989 (169). Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT*. Ginebra.
- Gregor, E. F. (2010). *El Control Difuso de Convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*. México.
- Hernandez Sampieri, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. México.
- Highton I, E. (2011). *Sistema Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad*. Mexico.
- Humanos, O. d. (2011). *Guía para la Aplicación Judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT*. Guatemala: Oficina de Naciones Unidas.
- Juristas, C. A. (2009). *Estado de la Relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal: Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima.
- Landa Arroyo, C. (1998). Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución Política del Perú de 1993. *Revista Jurídica del Perú*, 21.
- López Barga, d. Q. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Macera, P. (1984). *Historia del Perú 2- La Colonia, libro viejo*. Lima: Wirakipu.
- Navarro Altaus, . (1999). *El Sistema de Penas en el Código penal Peruano. Sistema de Penas del Nuevo Código Penal*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Penal.

- OIT, O. I. (2009). *Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: Una Compilación de Casos*. Impreso en Perú.
- Peña Cabrera, R. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Lima: Grijley.
- Peña Labrin, D. E. (2010). Teorías de las Consecuencias Jurídicas. *Derecho & Sociedad*, 25.
- Prado Saldarriaga, V. (1991). *Comentarios al Código Penal*. Lima: Alternativas.
- Reyes Echandía, A. (2010). *Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Rivas, A. G. (2011). *Balance de la Justicia y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú*. Lima. Perú.
- Rivera Paz, C. (2012). *El Sistema de Justicia Frente a las Violaciones de los Derechos Humanos. Balance de la Justicia y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú del 2011*. Lima: Justicia Viva.
- Saldaña Benjamín, N. F. (15 de abril 2009). *Historia indígenas Amazonía en la época del Caucho*. Iquitos.
- Salgado, J. M. (2006). *Convenio N° 169 de la OIT- Comentado y Anotado*. Neuquen. Argentina.
- Sanchez Romero, M. (2006). *Derechos Humanos. Constitución, Códigos, leyes reglamentos convenios Venezolana*. Caracas: Buchivacoa-Caracas.
- Seminario, C. B. (2012). *Estado Plural del Derecho: Bases para una Redefinición del Concepto Estado de Derecho a la Luz de la Pluralidad Jurídica*. (1° Edición ed.). Lima.

- Siffer, P. S. (1996). *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. Buenos Aires: Buenos Aires.
- Socha Salamanca, G. (2013). *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*. Bogotá: Oficina de Planeación.
- Trabajo, C. O. (2003). *Convenio Numero 169 sobre Pueblos Indígenas*. Ginebra. Suiza.
- Trabajo, O. I. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Practica: Una Guia sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Lima. Perú.
- Velasquez V, F. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis.
- Velasquez Vasquez, F. (1996). *Determinación de la Pena en el Codigo Penal Peruano de 1991*. Lima: Grijley.
- Velasquez Vasquez, F. (2005). *La Constitución Política del Perú Comentado. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Villa Stein, J. (2001). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: San Marcos.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Jurídica Grijley.
- Vivar Alvarez Juan Carlos, S. B. (2011). *Justicia Indígena y su Aplicación en el Ecuador*. Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2011). *El Caracter Pluricultural del Estado*. Toronto: Toronto.
- Zolla, C., & Zolla Marquez, E. (2004). *Los Pueblos Indígenas de México: 100 preguntas*. México: Dirección General de Publicación y Fomento Editorial.

ANEXO

A). ENCUESTA APLICADA A PROFESIONALES DEL DERECHO, RESIDENTES EN LA CIUDAD DE IQUITOS, PROVINCIA MAYNAS.

ÁREA: Derecho Penal, Procesal Penal, Constitucional e Indígena.

OBJETIVO: Recabar información sobre los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la corte superior de justicia de Loreto, para encarcelar a indígenas en el marco del Derecho Internacional.

INSTRUCCIONES: Sírvase contestar las siguientes preguntas, emita su criterio y marque con una (X), la respuesta que considere correcta, recuerde que es anónimo, por lo que tiene libertad para dar su opinión.

CUESTIONARIO:

¿Conoce Ud. Quienes son los Pueblos Indígenas, sus costumbres e idiomas, existentes en la Región Loreto? Sí No

Porque:.....

¿Conoce Ud., el alcance jurídico del Convenio 169 de la OIT y si es vinculante y de obligatoria aplicación en los poderes del estado? Sí No

Porque:.....

¿Conoce Ud., la jerarquía del Convenio 169 de la OIT como Tratado Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación peruana? Sí No

Porque:.....

¿En su Opinión, los jueces tienen la obligación de aplicar directamente los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Jurisprudencias de la CIDH y del TC? Sí No

Porque:.....

¿Considera Ud., que el derecho a la protección de los derechos culturales, de la identidad cultural, y el ejercicio del derecho consuetudinario son derechos fundamentales de los indígenas? Sí No

Porque:.....

¿Considera Ud., que es obligatorio aplicar las penas alternativas que a la pena privativa de libertad, teniendo en cuenta el derecho a las diferencias culturales, al momento de sentenciar a un indígena de Loreto en la justicia ordinaria?

Sí No

Porque:.....

¿Cree Ud., que en la Corte Superior de Justicia de Loreto, se administra justicia sobre los indígenas conforme señala el Convenio 169 de la OIT?, y si es así, crees Ud., que los operadores de Justicia de la región conocen las normas internacionales que tutelan a los miembros de los PP.II?

Sí No

Porque:.....

¿Para Ud., se deben encarcelar a los indígenas de la región Loreto?

Sí No

Porque:.....

¿Cree usted, que las normas de sanción penal en la jurisdicción ordinaria están desarrolladas acorde a las normas internacionales de derechos humanos y dentro del marco del derecho constitucional?

Sí No

Porque:.....

¿Considera usted, que lo que motivó a los operadores de justicia de la región Loreto, a omitir o a no invocar las normas internacionales y luego encarcelar a indígenas, es porque falta un procedimiento que regule la aplicación de dichas normas internacionales que amparan a los indígenas?

Sí No

Porque:.....

B). CUADRO DE¹⁶⁷

**COMUNIDADES INDÍGENAS CENSADAS, EN LOS CENSOS 1993 Y
2007, SEGÚN DEPARTAMENTO**

Departamento	Comunidades Indígenas				Pueblos étnicos			
	1993	%	2007	%	1993	%	2007	%
TOTAL	1 458	100,0	1 786	100,0	48	100,0	51	100,0
AMAZONAS	221	15,2	254	14,2	2	4,2	2	3,9
AYACUCHO	9	0,6	4	0,2	1	2,1	1	2,0
CAJAMARCA	5	0,3	9	0,5	1	2,1	1	2,0
CUSCO	70	4,8	68	3,8	7	14,6	5	9,8
HUÁNUCO	16	1,1	18	1,0	4	8,3	4	7,8
JUNÍN	191	13,1	238	13,3	5	10,4	4	7,8
LORETO	492	33,7	705	39,5	24	50,0	28	54,9
MADRE DE DIOS	31	2,1	30	1,7	11	22,9	14	27,5
PASCO	113	7,8	113	6,3	3	6,3	2	3,9
SAN MARTÍN	66	4,5	90	5,0	3	6,3	3	5,9
UCAYALI	244	16,7	257	14,4	12	25,0	15	29,4

¹⁶⁷ Fuente: INEI - Censos de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 1993 y 2007.

C). Total De Población Indígena De La Región Loreto¹⁶⁸¹⁶⁹

Distritos y etnias	Pob.	Distritos y etnias	Pob.	Distritos y etnias	Pob.
Distrito Alto Nanay	569	Etnia Chayahuita	705	Distrito San Pablo	825
Etnia Asháninka	50	Etnia Jebero – Chayahuita	226	Etnia Ticuna	198
Etnia Iquito	519	Etnia Jebero	126	Etnia Yagua	627
Distrito Indiana	1 214	Distrito Lagunas	2 999	Distrito Alto Tapiche	244
Etnia Yagua	1 214	Etnia Candoshi - Murato(Shapra)	1 051	Etnia Capanahua	244
Distrito Las Amazonas	1 437	Etnia Cocama – Cocamilla	1 780	Distrito Emilio San Martín	140
Etnia Yagua	1 437	Etnia Chamicuro-Cocama Cocamilla	63	Etnia Capanahua	140
Distrito Mazán	576	Etnia Chayahuita	105	Distrito Maquia	2 432
Etnia Orejón	79	Distrito Santa Cruz	851	Etnia Cocama – Cocamilla	2 432
Etnia Quichua	179	Etnia Cocama – Cocamilla	499	Distrito Yaquerana	1 724
Etnia Yagua	318	Etnia Chayahuita	352	Etnia Matses	1 724
Distrito Napo	7 691	Distrito Tnte César Lopez	1 247	Distrito Contamana	3 700
Etnia Arabela	403	Etnia Awajun	10	Etnia Shipibo – Conibo	3 700
Etnia Huitoto - Murui	438	Etnia Chayahuita	1 237	Distrito Inahuaya	126
Etnia Orejón	79	Distrito Nauta	241	Etnia Shipibo – Conibo	126
Etnia Quichua	6 771	Etnia Cocama – Cocamilla	241	Distrito Padre Márquez	2 924
Distrito Punchana	1 316	Distrito Parinari	3 276	Etnia Shipibo – Conibo	2 924
Etnia Cocama – Cocamilla	1 316	Etnia Cocama – Cocamilla	3 276	Distrito Pampa Hermosa	242
Distrito Putumayo	2 671	Distrito Tigre	3 511	Etnia Piro	177
Etnia Cocama – Cocamilla	1301	Etnia Achual	390	Etnia Shipibo-Conibo	65
Etnia Huitoto – Meneca	76	Etnia Cocama – Cocamilla	196	Distrito Sarayacu	56

¹⁶⁸ II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 2007. Resultados definitivos.

¹⁶⁹ Perú: análisis etnosociodemográfico de las comunidades de la Amazonía, 1993, 1997, pág 166.

Etnia Huitoto- Murui	549	Etnia Quichua	2 925	Etnia Shipibo- Conibo	56
Etnia Ocaina	29	Distrito Trompeteros	7 234	Distrito Vargas Guerra	309
Etnia Orejón	32	Etnia Achual	6 505	Etnia Shipibo – Conibo	309
Etnia Quichua	1 184	Etnia Jíbaro – Achual	168	Distrito Barranca	753
Etnia Ticuna	68	Etnia Quichua	259	Etnia Awajun	753
Etnia Yagua	503	Etnia Urarina	302	Distrito Cahuapanas	5 877
Distrito Torres Causana	4 301	Distrito Urarinas	5 497	Etnia Awajun	1 268
Etnia Quichua	4 009	Etnia Cocama – Cocamilla	945	Etnia Chayahuita	4 609
Etnia Secoya	292	Etnia Urarina	4 552	Distrito Manseriche	4 362
Distrito Belén	114	Distrito Ramón Castilla	6 234	Etnia Awajun	4 362
Etnia Cocama – Cocamilla	114	Etnia Ticuna	5 397	Distrito Morona	3 690
Distrito Teniente Manuel Clavero	2 619	Etnia Yagua	837	Etnia Achual	807
Etnia Huitoto – Meneca	121	Distrito Pebas	2 068	Etnia Awajun	95
Etnia Huitoto- Murui	108	Etnia Bora	748	Etnia Candoshi Murato(Shapr)	882
Etnia Quichua	1 761	Etnia Huitoto – Murui	417	Etnia Huambisa	1 906
Etnia Secoya	629	Etnia Huitoto Muiname	55	Distrito Pastaza	646
Distrito Yurimaguas	685	Etnia Ocaina	68	Etnia Candoshi Murato(Shapr)	646
Etnia Chayahuita	685	Etnia Resígaro – Ocaina	37	Distrito Andoas	5 923
Distrito Balsapuerto	13 200	Etnia Yagua	743	Etnia Achual	3 217
Etnia Chayahuita	13 200	Distrito Yavarí	1 319	Etnia Candoshi- Murato (Shapra)	676
		Etnia Ticuna	1 319	Etnia Quichua	2 030

C). MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “ENCARCELAMIENTO DE INDÍGENAS Y LOS CRITERIOS JURÍDICOS ADOPTADOS POR LOS MAGISTRADOS DE LA REGIÓN LORETO EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL.”.

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLE	MÉTODOS
<p>PROBLEMA GENERAL.</p> <p>¿Cuáles han sido los criterios jurídicos que adoptaron los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional, para encarcelar a los indígenas?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS.</p> <p>i. ¿Los operadores jurídicos de la administración de justicia ordinaria tendrán conocimiento de las normas internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros al momento de resolver un conflicto relevancia jurídica?</p> <p>ii. ¿Cuál ha sido el motivo para que los jueces de la región Loreto se aparten y hagan omiso la aplicación de las normas internacionales sobre los pueblos indígenas, para imponer la pena de encarcelamiento?</p> <p>iii. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las normas internacionales, así como del convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú?</p> <p>iv. ¿Cuáles son las sanciones distintas al encarcelamiento a las que se refiere el Art. 10° inciso 2° del Convenio 169?</p> <p>v. ¿cuántos indígenas han sido encarcelados en la región Loreto?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL.</p> <p>Investigar los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional que, como resultado de la administración de justicia, ocasionaron el encarcelamiento de los indígenas.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS.</p> <p>i. Analizar si los operadores jurídicos de la administración de justicia ordinaria conocen los alcances de las normas internacionales que protegen los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros.</p> <p>ii. Determinar las posibles causas que motivaron a los jueces para apartarse de las normas internacionales sobre los pueblos indígenas, para imponer la sanción de encarcelamiento.</p> <p>iii. Analizar la naturaleza jurídica y su obligatoriedad de las normas internacionales, como el convenio internacional N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales.</p> <p>iv. Identificar los diferentes casos en los que estuvieron inmersos miembros de comunidades indígenas de nuestra región Loreto, a fin de conocer el tratamiento legal que se dio a cada uno de ellos.</p> <p>v. Proponer alternativas de sanciones distintas al encarcelamiento sobre miembros de los pueblos indígenas, a fin de que el Sistema Judicial sea eficaz y cumpla su finalidad.</p>	<p>H_i: El encarcelamiento de indígenas y los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto se debe a la poca importancia y a la inaplicabilidad que se dan a las normas internacionales, a pesar que algunos tratados como el convenio 169 de la OIT, son de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata en el ordenamiento interno.</p> <p>H_o: La inaplicabilidad de los Tratados Internacionales se debe a la debilidad formativa de los magistrados de la región Loreto sobre los derechos internacionales de los indígenas.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE.</p> <p>➤ “Criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional”.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE.</p> <p>➤ Encarcelamiento de indígenas.</p>	<p>➤ Enfoque Cualitativo.</p> <p>➤ El Método científico hipotético-deductivo</p> <p>➤ El método Exegético-analítico</p> <p>➤ La investigación es documental, bibliográfica y de campo</p> <p>➤ Población Total de profesionales del derecho.</p> <p>➤ Muestra Por la fórmula para poblaciones finitas.</p> <p>➤ Técnica de recolección de datos Entrevista.</p> <p>➤ Instrumento de recolección de datos Cuestionario.</p> <p>➤ Procesamiento de datos.</p>