



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**“SANCIONES DISTINTAS DEL  
ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS INDIGENAS Y  
TRIBALES EN CUMPLIMIENTO AL ART.10 DEL  
CONVENIO N° 169 OIT”**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**Autora:**

**Bach. Cancino Vallejos Sandra Yanira**

**<https://orcid.org/0000-0002-1405-1525>**

**Asesora:**

**Dra. Xiomara Cabrera Cabrera**

**<https://orcid.org/0000-0002-4783-0277>**

**Línea de Investigación:**

**Ciencias Jurídicas**

**Pimentel – Perú**

**2023**

## **APROBACIÓN DEL JURADO**

---

Mg. Cabrera Leonardini Daniel Guillermo

**Presidente del jurado de  
tesis**

---

Mg. Delgado Fernández Rosa Elizabeth

**Secretaria del jurado de tesis**

---

Mg. Hananel Cassaro Cecilia Elizabeth

**Vocal del jurado de tesis**

## DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD



### DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Quien suscribe la DECLARACIÓN JURADA, es bachiller de la Facultad de Derecho y Humanidades – Escuela profesional de Derecho de la Universidad Señor de Sipán S.A.C., declaro bajo juramento que soy autora de la tesis titulada:

#### **SANCIONES DISTINTAS DEL ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS INDIGENAS Y TRIBALES EN CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT**

El texto de mi tesis responde y respeta lo indicado en el Código de Ética del Comité Institucional de Ética para la investigación de la Universidad Señor de Sipán (CIEI USS) y referencias bibliográficas, respetando el derecho de propiedad intelectual, por lo cual informo que la investigación cumple con ser inédito, original y autentico.

En virtud de lo antes mencionado, firmo:

CANCINO VALLEJOS SANDRA YANIRA	DNI: 71707421	
--------------------------------	---------------	--

Pimente, 14 de febrero de 2023

## DEDICATORIA

**A Dios** por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento de mi formación profesional, por ser el inspirador y darme fuerzas para continuar en este proceso de obtener uno de los mejores anhelos más deseados.

**A mis padres mi** mayor inspiración, gracias por su amor, trabajo y sacrificio en todos estos años. Mi papá Elmer quien me enseñó que el mejor conocimiento que se puede tener es el que se aprende por sí mismo. Mi mamá Estíllita quien me enseñó que incluso la tarea más grande se puede lograr si se hace un paso a la vez.

**A mis hermanos** Ivonne, Elmer y Karen por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento gracias.

## AGRADECIMIENTO

**A Dios** por bendecirme la vida, por guiarme a lo largo de mi existencia, ser el apoyo y fortaleza en aquellos momentos de dificultad y de debilidad.

**A mis padres** por el esfuerzo y sacrificio del día a día del poder apoyarme en culminar esta carrera, a mi padre Elmer quien fue el impulsor de mi vida profesional, quien siempre me aliento a seguir adelante y que sigue confiando en mí crecimiento profesional. Así mismo a mi madre Estílitita quien me esperaba cada noche que llegara de estudiar, su apoyo moral, que jamás dejes para mañana lo que se puede hacer hoy.

**Mis hermanos** por llenarme de alegría día tras día, por todos los consejos brindados, por compartí horas de risa, peleas, gritos y herir mi cuerpo de puro amor, han sido el apoyo fundamental para lograr los objetivos propuestos, ya que con su ejemplo y amor profundo me encaminaron a seguir con la propuesta investigativa.

## RESUMEN

La investigación analiza la aplicación de sanciones distintas al encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales como manifestación de cumplimiento al artículo 10 del Convenio N° 169 de la Organización internacional del Trajo, de esta manera ilustra la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios.

La metodología fue de tipo aplicado, no experimental Descriptivo, por cuanto la investigación no implica la manipulación de las variables de estudio, además de considerar el modelo de investigación es mixta, ya que desarrolla aspectos estadísticos y también jurisprudenciales y doctrinales los cuales buscaran poder argumentar mejor el trabajo de investigación.

Como resultados relevantes se expresa el daño que se inflige al integrante de estos pueblos al recluirlo en un centro penitenciario, teniendo importancia poder determinar sanciones alternas que se puedan aplicar en los encarcelamientos en los casos de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, protege la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios.

Concluyendo que se debe modificar el artículo 15 del Código penal, para regular sanciones distintas al encarcelamiento efectivo a los integrantes de pueblos indígenas y triviales para respetar el error de tipo culturalmente condicionado, las características especiales de la persona y dando cumplimiento al artículo 10 del Convenio 169 de la OIT.

**Palabras clave:** Convenio OIT, derechos humanos, encarcelamiento, pueblos indígenas, tribales, penas.

## **ABSTRACT**

*The research analyzes the application of sanctions other than imprisonment in case of conviction of members of indigenous and tribal peoples as a manifestation of compliance with Article 10 of Convention No. 169 of the International Labor Organization, thus illustrating the incompatibility between the penalty of imprisonment and the idea of justice of indigenous peoples.*

*The methodology was of basic type, non-experimental Descriptive, because the research does not imply the manipulation of the variables of study, besides considering the research model is mixed, since it develops statistical aspects and also jurisprudential and doctrinal aspects which will seek to be able to argue better the research work.*

*As relevant results, the harm inflicted to the member of these peoples when confined in a penitentiary center is expressed, having importance to be able to determine alternative sanctions that can be applied in incarceration in cases of conviction of members of indigenous and tribal peoples. Likewise, it protects the incompatibility between the penalty of imprisonment and the idea of justice of indigenous peoples.*

*It concludes that article 15 of the Penal Code should be modified to regulate sanctions other than effective imprisonment for members of indigenous and tribal peoples in order to respect the culturally conditioned error of type, the special characteristics of the person and in compliance with article 10 of ILO Convention 169.*

**Keyword:** *ILO Convention, human rights, imprisonment, indigenous peoples, tribals, penalties.*

## ÍNDICE

<b>APROBACIÓN DEL JURADO</b> .....	ii
<b>DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD</b> .....	iii
<b>DEDICATORIA</b> .....	iv
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	v
<b>RESUMEN</b> .....	vi
<b>ABSTRACT</b> .....	vii
<b>ÍNDICE</b> .....	viii
<b>ÍNDICE DE TABLAS</b> .....	x
<b>ÍNDICE DE FIGURAS</b> .....	x
<b>I. INTRODUCCION</b> .....	11
<b>1.1. Realidad problemática</b> .....	12
<b>1.1.1. Internacional</b> .....	12
<b>1.1.2. Nacional</b> .....	13
<b>1.1.3. Local</b> .....	14
<b>1.2. Antecedentes de estudio</b> .....	16
<b>1.3. Teorías relacionadas al tema</b> .....	26
<b>1.3.1. La sanción punitiva: Encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas y tribales</b> .....	26
<b>1.3.1.1. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento</b> .....	26
<b>1.3.1.2. Pena de encarcelamiento</b> .....	27
<b>1.3.1.3. Aplicación de la pena de encarcelamiento estatal a integrantes de los pueblos originarios</b> .....	28
<b>1.3.1.4. Sanciones distintas al encarcelamiento efectivo</b> .....	29
<b>1.3.1.4.1. Motivación de la condena en caso de no preferirse sanción distinta del encarcelamiento</b> .....	29
<b>1.3.1.4.2. El error de comprensión culturalmente condicionado</b> .....	30
<b>1.3.1.5. Las comunidades indígenas y el “derecho penal del enemigo”</b> ...	32
<b>1.3.1.6. Sociedad, norma y persona según Jakobs</b> .....	33
<b>1.3.1.7. ¿El pluralismo cultural y jurídico como factor expansivo de los “enemigos”?</b> .....	34

1.3.1.8.	Crítica a la posición de Jakobs.....	37
1.3.1.9.	Sobre el concepto de “persona” y su relación con el derecho .....	37
1.3.1.10.	Análisis jurídico del error de comprensión culturalmente condicionado.....	40
1.3.1.11.	El error culturalmente condicionado a través del análisis del Tribunal Constitucional .....	47
1.3.1.12.	Análisis sobre la jurisdicción comunal prevista en el art. 149 de la Constitución .....	49
1.3.1.13.	Ejecutoria Suprema del 22/09/2000. R. N. N.° 306-2000-Apurimac 51	
1.3.1.14.	Acuerdo plenario 1-2009/cj-116 - Las comunidades campesinas y nativas: la jurisdicción penal desde la perspectiva constitucional del.....	56
1.3.1.15.	Las comunidades campesinas y nativas dentro del marco supranacional .....	58
	Pena de encarcelamiento .....	60
1.4.	Formulación del problema.....	61
1.5.	Justificación e importancia .....	61
1.6.	Hipótesis .....	62
1.7.	Objetivo .....	63
1.7.1.	Objetivo general .....	63
1.7.2.	Objetivos específicos .....	63
II.	MATERIAL Y MÉTODO .....	64
2.1.	Tipo y diseño de la investigación .....	64
2.1.1.	Tipo.....	64
2.1.2.	Diseño .....	64
2.2.	Población y muestra .....	64
2.2.1.	Población .....	64
2.2.2.	Muestra .....	65
2.3.	Variables y operacionalización .....	66
2.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad .....	68
2.5.	Procedimiento de análisis de datos.....	68
2.6.	Criterios éticos .....	69
2.7.	Criterios de Rigor científico.....	70

<b>III. RESULTADOS</b> .....	71
<b>3.1. Resultados en tablas y figuras</b> .....	71
<b>3.2. Discusión de resultados</b> .....	81
<b>3.3. Aporte practico</b> .....	87
<b>3.3.1. Fundamentación del aporte práctico</b> .....	87
<b>3.3.2. Construcción del aporte practico</b> .....	89
<b>IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	91
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	93
<b>REFERENCIAS</b> .....	94
<b>ANEXOS</b> .....	103
ANEXO 1 : MATRIZ DE CONSISTENCIA .....	104
ANEXO 2 : INSTRUMENTO .....	105
ANEXO 3: FICHA DE VALIDACION DE CUESTIONARIO .....	106
ANEXO 4 : JURISPRUDENCIA .....	110
ANEXO 5: CARTA DE ACEPTACIÓN .....	111
ANEXO 6: REPORTE DE TURNITIN.....	113

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1 Muestra</b> .....	65
<b>Tabla 2 Matriz de operacionalización de variables</b> .....	67

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Figura 1.</b> Sanción distinta del encarcelamiento en caso de condena efectiva .....	71
<b>Figura 2.</b> <i>Trato desigual en el encarcelamiento en pueblos indígenas y tribales</i> .....	72
<b>Figura 3.</b> <i>Equiparación del trato desigual en el sistema punitivo penal</i> .....	73
<b>Figura 4.</b> <i>Diagnóstico del cumplimiento del art. 10 del Convenio 168 de la OIT</i> .....	74
<b>Figura 5.</b> <i>Situación de desconocimiento de normas internacionales por indígenas y tribales</i> .....	75
<b>Figura 6.</b> <i>La no privación de libertad como alternativa penal indígena</i> .....	76
<b>Figura 7.</b> <i>Tiene vicios legales el art. 10 del Convenio 169 de la OIT</i> .....	77
<b>Figura 8.</b> <i>Responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios</i> .....	78
<b>Figura 9.</b> <i>Hechos atípicos en el seno consuetudinario en el ámbito externo</i> .....	79
<b>Figura 10.</b> <i>Debe existir sanción distinta o alternativa al encarcelamiento pueblos indígenas y tribales</i> .....	80

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación comprende un estudio jurídico dentro de un contexto social especial, debido a que estamos dentro del pluralismo jurídico, el mismo que es compatible con la norma fundamental y que tiene incidencia internacional.

El estudio se sustenta en el estudio de la pena sustentado en la teoría básica que regula el derecho penal, pero que se instrumentaliza con la norma adjetiva, de modo que, surgen dos supuestos, el primero, la aplicación de la pena ante la comisión de un ilícito a la persona que tiene una convivencia social dentro de la colectividad, y que, por lo general, es pasible de una sanción, lo que origina una privación de su libertad.

El segundo, es la aplicación de una pena alternativa a la comisión de un ilícito a la persona que tiene una convivencia dentro de los pueblos originarios o tribales, y por excepción, es pasible de una sanción, lo que origina una pena diferente a la privación de libertad, y/o en caso, la gravedad del hecho, se justifica la punición extrema.

Para desarrollar la temática, comprende un estudio de la realidad problemática, tanto a nivel internacional, nacional y local, recurriendo a los estudios previos, sustentando las teóricas de la materia, como la sanción punitiva, el encarcelamiento, el error de comprensión cultural condicionado, el pluralismo cultural y jurídico, el estudio de la jurisprudencia más relevante, luego, la formulación del problema, justificación, hipótesis y objetivos.

Además, sobre el material y método, para el tipo y diseño de investigación, población, variables, técnicas e instrumentos. Asimismo, los resultados con la discusión y aporte práctico, finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones, junto a las referencias y anexos.

## **1.1. Realidad problemática**

### **1.1.1. Internacional**

La investigación aborda el derecho a que se prefiera la aplicación de penas distintas del encarcelamiento cuando los miembros de pueblos originarios sean condenados por la jurisdicción penal ordinaria. Para tal fin, analiza el art. 10 del Convenio N.º 169 Organización Internacional del trabajo (OIT), convenio ratificado por el Perú. Asimismo, ilustra la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios, así como el daño que se inflige al integrante de estos pueblos al recluirlo en un centro penitenciario.

El 27 de junio de 1989 la OIT, organismo que forma parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), adoptó el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991, cuya estructura comprende un preámbulo y cuarenta y cuatro artículos.

La República del Perú, ratificó el Convenio N.º 169 OIT el 2 de febrero de 1994, el cual entró en vigor el 2 de febrero de 1995. Este documento, junto a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es uno de los instrumentos de observancia obligatoria para la jurisdicción ordinaria en materia de aplicación del ordenamiento jurídico estatal a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales.

Asimismo, según el Convenio N.º 169 OIT cuando se establezca la responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios que han sido expuestos por diversas razones a la justicia penal ordinaria, deberá darse preferencia a sanciones distintas de la privativa de libertad de carácter efectivo. A continuación, abordaremos algunas nociones respecto a la preferencia de sanciones distintas del encarcelamiento, tomando como punto de partida el art. 10 del Convenio N.º 169 OIT.

### 1.1.2. Nacional

En el país, por diferentes motivos los miembros de los pueblos originarios pueden recurrir, o ser sometidos, a la justicia denominada ordinaria. Una de las razones es la migración de los pobladores andinos y amazónicos a las zonas urbanas de la costa, donde tienen que adaptarse a patrones y rasgos culturales diferentes, e inclusive es probable que ya no estén usando su propio idioma.

También el sometimiento a la justicia penal ordinaria se debe a materias exclusivamente asignadas a la competencia de las autoridades estatales; puede tratarse de hechos atípicos en el seno consuetudinario de la comunidad, pero punibles en el ámbito externo: tal vez ese hecho ilícito no afecte a la comunidad, pero sí al Estado.

Asimismo, se someterán a la justicia ordinaria algunos hechos ocurridos en las relaciones internas de la comunidad que, aunque alcancen doble incriminación según el derecho estatal y derecho consuetudinario, no puedan ser de conocimiento de la jurisdicción comunal por diferentes razones. Por ejemplo, en el caso del comunero que perpetra el delito de tráfico ilícito de drogas, el delito de terrorismo, o el comunero que se vincula al lavado de activos o al crimen organizado, etcétera. En estos casos, necesariamente el sujeto activo será procesado bajo las reglas estatales. También, en otras ocasiones, será la propia comunidad la que encomiende el caso a la autoridad estatal; por ejemplo: cuando el agente es reincidente o no obedece a la comunidad, cuando la infracción resulte grave o simplemente la comunidad considere que las autoridades externas son las que tienen mejores condiciones para el juzgamiento.

Un tema notorio en el país ha sido el procesamiento y sanción a autoridades comunales y nativas por fiscales y jueces que desconocían los actos de ejercicio regular de funciones que aquellas autoridades realizaban al amparo del art. 149 de la Const. Pol. Por ejemplo, muchos integrantes de las rondas

campesinas de las regiones de la Libertad, Lambayeque, Amazonas, Puno, Cajamarca, San Martín y Áncash fueron procesados por los delitos de secuestro, coacción, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de funciones. Esto ha motivado numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de la República y, posteriormente, generó el A.P. N° 1-2009, de 13 de noviembre de 2009.

A veces, en esas circunstancias se recurre a respuestas extremas como a procesamientos con privaciones de la libertad, sin tomar en consideración la índole de los problemas planteados, sin respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos andinos y amazónicos, vaciando de contenido los mecanismos de consulta previa en el ámbito administrativo, etcétera. Así, esa indiferencia no se condice plenamente con la vigencia del pluralismo jurídico, sino que retrata la hegemonía o la verticalidad del sistema legal estatal en menoscabo de los derechos de pueblos indígenas y tribales.

En los supuestos que se determina, en ocasiones el Estado, a través de sus jueces o magistrados, prescinde del enfoque de la interculturalidad para determinar la sanción penal y deja de lado la temática de la identidad étnica y cultural del sujeto perteneciente a un sistema cultural diferente; esto ocurre pese a que, en realidad, el mandato constitucional establece que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Un ejemplo de ello es el caso en que el Poder Judicial condenó a doce años de prisión, por el delito de secuestro, a los líderes de la comunidad campesina de Urancancha, distrito de Vilcanchos, provincia de Víctor Fajardo, región Ayacucho.

### **1.1.3. Local**

En la ciudad de Lambayeque existen diferentes comunidades o personas de pueblos originarios, donde se establece que las penas alternativas no necesariamente deberán ser las descritas en el régimen ordinario, sino

también aquellas asumidas por la comunidad de donde proviene el agente; de esta manera, la ejecución de la pena se podría delegar a la autoridad comunal, con cargo a que informe periódicamente o cuando sea requerido por el juez de ejecución o por las autoridades penitenciarias.

Así mismo la diversidad de los pueblos, en el campo del Derecho Penal, apenas ha sido tomada en cuenta para eximir o atenuar la pena. Así, pese al conocimiento del entorno cultural diferente del procesado, todavía se descuida el uso de sanciones penales distintas a la pena privativa de libertad efectiva.

Desde realidad Problemática y a través de la propia observación de la investigadora se precisan las siguientes **manifestaciones**:

- a) Encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas
- b) Incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios
- c) Enfoque de la interculturalidad para determinar la sanción penal

Puesto que el derecho a aplicarse será exclusivamente estatal, bajo este marco, al hallar responsable penalmente a un ciudadano campesino o nativo mediante un juicio previo, la autoridad está en la obligación de determinar la pena teniendo en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Asimismo, la pena a aplicarse deberá ser distinta a la pena privativa de libertad efectiva; en ese sentido, corresponde optar, según la legislación, por alternativas como la reserva del fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, etc.

Las **causas** del problema investigado son:

Normativas: Porque se puede evidenciar que los tribunales no llegan a cumplir con lo establecido por el artículo 10 del convenio 169 de la OIT, si mismo se puede determinar la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la

idea de justicia de los pueblos originarios, así como el daño que se inflige al integrante de estos pueblos al recluirlo en un centro penitenciario.

Prácticas: La actividad extractiva de los recursos naturales, con destrucción ambiental y afectación de los territorios comunales y amazónicos, ha ocasionado conflictos de tipo socioambiental en los que los habitantes de estas zonas como protagonistas del reclamo fueron repelidos por los agentes del Estado

El objeto de estudio es encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas y tribales.

Por lo que el campo de acción se busca el cumplimiento al artículo 10 del convenio 169 de la OIT.

## **1.2. Antecedentes de estudio**

### **1.2.1. Internacionales**

Hevia (2008), sostiene que se busca determinar que el Convenio núm. 169 se presenta como un tema interesante para estudiar y aplicar mejoras para superar la insegura realidad que se vive en lo social, económica y cultural de las comunidades indígenas del país. Este acuerdo reconoce, a los efectos de su aplicación, una visión amplia de los problemas indígenas que no se basa en soluciones como la homogeneización social y cultural, sino que promueve el desarrollo en condiciones de igualdad entre los pueblos indígenas y el resto de la comunidad a nivel nacional. El acuerdo puede servir para reconocer a los pueblos indígenas como una comunidad organizada de individuos para los fines de su implementación y para el diálogo entre el estado y las comunidades, que deben ser aceptados como tales y no como individuos de descendientes etnia común.

Esto significa ya no reconocer a los miembros individuales de estas comunidades como individuos, sino aceptar que las conformaciones étnicas, lingüísticas, políticas y culturales en forma de pueblos son entidades abstractas que pueden negociar y actuar en el campo del derecho nacional. Para una aplicación armoniosa de la Convención, es necesario crear medios de participación que los pueblos indígenas reconozcan como tales para poder participar claramente en la resolución de los principales problemas que les conciernen. Con respecto al derecho de acceso al trabajo, la convención reafirma el principio rector de la no discriminación en el acceso al empleo, ya reconocido en la legislación nacional, y proporciona herramientas nuevas e interesantes para procesar las violaciones. de esta ley.

Domínguez (2011) expresa que la ley maya ha existido a pesar de las diferentes etapas de la historia desde la llegada de los españoles hasta nuestros días, y por lo tanto el tratamiento legislativo de los pueblos indígenas durante este período de quinientos años ha sobrevivido a la cultura y la cultura. Identidad maya hasta el día de hoy y durante todo el mantenimiento y desarrollo de su sistema de resolución de conflictos en paralelo al sistema oficial. La ley maya se ha practicado durante cientos de años, pero es necesario respetar y reconocer los derechos de los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus propias autoridades.

El sistema legal de los pueblos indígenas es un sistema con su propia estructura que ha sido construido a lo largo de los siglos por varias comunidades lingüísticas como Ixil, Uspanteko y K'iche Central. La ley indígena se aplica en aldeas, pueblos, municipios y capitales departamentales, en particular en la capital municipal Nahuala, Sololá, Microrregión IV de Chichicastenango, San Andrés Sajcabaja, Momostenango.

Mohr (2012), analiza que a partir de la década de 1990 y como parte de una tendencia mundial y regional, Chile ha promovido políticas lentas destinadas a reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas que viven en el

interior. Esto se reflejó en la adopción de la ley indígena, la reciente ratificación del Convenio 169 de la OIT y una serie de proyectos de ley sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos. El Convenio 169 de la OIT contiene una serie de derechos indígenas y tribales, incluido el derecho a la consulta, que ha sido reconocido como la piedra angular de un instrumento internacional. El consenso general muestra que este catálogo de derechos es de carácter colectivo. Esta categoría relativamente nueva de derechos ha sido criticada varias veces; El punto más importante apunta a la aparente incompatibilidad entre ellos y el sistema occidental de derechos fundamentales, cuya construcción se basa en los derechos individuales. Chile es también el sucesor del sistema individualista de derechos fundamentales.

Después de la ratificación del Convenio 169 (2008) en el país, la adopción del derecho colectivo, como el derecho al asesoramiento en los niveles ejecutivo, legislativo y judicial, fue particularmente difícil. Este es un desafío que se ha endurecido internamente, ya que los proyectos de inversión que están sujetos al sistema de evaluación de impacto ambiental de la Ley N ° 19.300 requieren un importante desarrollo y aprobación sobre principios básicos del medio ambiente y mediante tratamiento legal.

Soto (2014) en su investigación realizada, concluye que, según el análisis realizado en este trabajo, las hipótesis planteadas al inicio de la investigación pueden confirmarse en el sentido de que el uso de la experiencia cultural como evidencia en los procesos penales que involucran a personas de origen indígena permite un mejor acceso. Justicia para los acusados y las comunidades en general al hacerlos participantes en su propia historia, no solo a terceros involucrados en el proceso penal; que los pueblos indígenas se tienen en cuenta al desarrollar sus propias estructuras y resolver problemas. La cultura indígena no es homogénea, monolítica e inmutable.

Dentro de las comunidades, hay cambios culturales, confrontaciones y perspectivas que también deben tenerse en cuenta al examinar la relación entre la ley y la cultura y la aplicación de la experiencia cultural. Desde la

aprobación de las normas de Brasilia por el poder judicial costarricense, se ha confirmado que el principal problema que enfrentan las autoridades estatales es el incumplimiento de las disposiciones de la Ley Indígena No. 6172 y los propios tratados internacionales. - lo mismo. es el reconocimiento, validación, instrumentalización y realización de los derechos indígenas contenidos en ellos.

Guamán (2015) manifiesta que, al tratar con la sentencia del Tribunal Constitucional, la justicia indígena permanece en una posición subordinada y desfavorecida con respecto a los delitos que violan el derecho a la vida. La base del Tribunal de Justicia es que este tipo de tutela es la tutela exclusiva del estado, después de que dos sistemas legales diferentes han sido pobremente comparados, en los que la intervención de la justicia indígena se devalúa. La decisión del Tribunal Constitucional en La Cocha II destaca la ineficacia de la garantía constitucional. De hecho, el análisis de los elementos procesales (conflicto interno) de la jurisdicción ancestral, los propósitos de sus sanciones y sus características específicas no se han entendido o examinado completamente.

Con respecto al doble juicio, el Tribunal señaló que no se había dictado doble sentencia. De esta manera, la Corte confirmó la violación de la no bis-idem en asuntos penales vinculados a la justicia indígena.

Paredes (2015), expresa que el legislador no ha considerado las costumbres indígenas como un instituto competente para regular los efectos del comportamiento legal de los miembros indígenas de nuestra sociedad. Los textos normativos anteriores relacionados con asuntos indígenas solo trataban temas relacionados con disputas legales sobre el área, posesión y posesión de tierras, y creaban estructuras y procedimientos jurisdiccionales dirigidos a la resolución judicial de estos problemas. Fue la Ley 19.253 del 5 de octubre de 1993 que, por primera vez en nuestra ley, declaró que las costumbres indígenas serían leyes si no fueran incompatibles con la constitución política de la República. Y en materia penal, esto podría servir como base para diseñar una exención o reducción de la responsabilidad

penal. Creemos que el movimiento indígena de finales de la década de 1980 violó obstinadamente las reglas que facilitaron la división comunitaria a través de los procesos de intercambio de tierras y la firma del Convenio 169 de la OIT sobre "Pueblos indígenas y tribales en los países "del 27 de junio de 1989, en sus arts. 8 a 10 normas establecidas para el respeto y la vigencia de las costumbres o leyes consuetudinarias, en la medida en que sean compatibles con los derechos fundamentales del derecho nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; Parece que estos son los hitos del país que hicieron posible tal decisión.

Bernal (2017) en su estudio, concluye que aún hay una gran manera de explicar los diferentes enfoques y estrategias legales que los pueblos indígenas de Huehuetla y Cuetzalan del Progreso en la provincia de Puebla pueden desarrollar a partir del uso de sus sistemas legales para ayudarlos a violar sus derechos. Víctimas del estado durante mucho tiempo. Para quienes necesiten discutir y explicar cuán inadecuada es la identidad del Estado de México para abordar los temas de justicia en casos de delitos civiles, ya sea que cuente con un ordenamiento jurídico nacional, nacional e internacional, regiones que rijan el control de los ordenamientos jurídicos indígenas. a nivel nacional. Aunque las leyes en México se enfocan en la explotación y la justicia, el gobierno rechaza estas prácticas a diferencia del sistema económico global. Por lo que se dice que es una investigación sobre la remoción de casos y organizaciones aborígenes para el análisis de los efectos de la mediación, la toma de decisiones y un comité de rehabilitación que se ocupa de los delitos ambientales y los delitos ambientales, la autorización en los jueces y los sistemas judiciales de justicia natural. ley. A través de entrevistas con testigos clave: participantes indígenas relacionados con la región jurídica oriental, investigaciones, estudios comparados en derecho. Basado en los principios de justicia, jueces, tribunales, sistemas de derecho ambiental, jurisdicción y tribunales. Considere que el principio del caso y el principio penal apoyan el esclarecimiento de la legitimidad de los sistemas normativos legales y el uso de los derechos civiles.

Figuroa (2018) expresa que comenzamos nuestra investigación destacando el fenómeno multicultural existente en América Latina, que se caracteriza por la presencia de más de 64 millones de pueblos indígenas, que representan a casi 400 pueblos diferentes, cada uno con su propia cultura, cosmovisión y naturaleza soñando con futuro. Sin embargo, estos pueblos han enfrentado situaciones de pobreza y marginalidad, a menudo como resultado de políticas públicas e iniciativas que no han satisfecho sus necesidades o no han representado sus intereses con relevancia cultural y los han colocado en un rol pasiva, definiendo su propio desarrollo. Para muchos pueblos indígenas, esto ha resultado en la pérdida progresiva de tierras, el colapso de las economías de la Comunidad, la pérdida de derechos y representatividad y la marginación de los procesos políticos, entre otras cosas, situaciones que han llevado a conflictos en las relaciones interétnicas en las que son las culturas dominantes las que han privilegiado su forma de vida en comparación con las culturas minoritarias, perturbando así la construcción de una convivencia armoniosa, respetuosa y conforme a los principios del multiculturalismo.

### **1.2.2. Nacionales**

Kuji (2015), expresa que En cuanto a la definición de "pueblos indígenas" en el derecho internacional siguiendo la opinión de la Comisión Interamericana, no existe una definición precisa de "pueblos indígenas" en el derecho internacional, y la posición predominante sugiere que tal definición no es necesaria para la defensa. Debido a sus derechos humanos, no tiene derecho internacional, sin embargo, existen criterios útiles para determinar cuándo un grupo humano en particular puede ser considerado una "población nativa".

Por lo tanto, el derecho internacional trata a las personas como pueblos indígenas que se encuentran en países independientes y se consideran automáticos porque provienen de la población del país o del área geográfica a la que pertenecía el país en el momento de la ocupación O la colonización o el establecimiento de fronteras nacionales existentes y que, independientemente de su condición jurídica, protejan total o parcialmente sus

instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Según el censo realizado en el país, se puede observar que la población indígena del Perú representa el 40% de la población total del Perú. Loreto es una de las divisiones que une la gran diversidad de pueblos indígenas.

Portillo (2014), determina que la justicia de las comunidades locales y rurales se basa en una realidad multiétnica y multicultural que reconoce y protege la constitución política. A pesar de esta situación, el Estado peruano no reconoce la judicatura municipal como una jurisdicción excepcional, como es el caso de la judicatura militar, que excluye de la jurisdicción normal porque considera desviarse de la regla general o general. puro sentido de la excepción.

La justicia local, por su origen y derecho consuetudinario, debe ser una jurisdicción excepcional, como la militar, porque es diferente de la normal, general o general. porque es algo único, muy apropiado o para un propósito específico, como la vida comunitaria, que debe ser protegido por el estado. Dado que el poder judicial local es una jurisdicción excepcional, la Constitución no debe prever la coordinación con los órganos de la jurisdicción común porque no prevé la justicia militar, como lo demuestra este arte extremo. 149 de la constitución no está justificada.

Valdivia (2017), interpreta que la primera parte de este estudio Se cree que el convenio núm. El 169A de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales fue un "tratado internacional ratificado por el Consejo Internacional del Trabajo en 1989". Luego fue ratificado en 1994 y se ha observado obligatoriamente desde el 2 de febrero de 1995. El tratado estipula que los pueblos indígenas pueden mantener y fortalecer sus culturas y estilos de vida y crear sus propias instituciones para participar en la Toma de decisiones efectiva.

El propósito de este tratado es también asegurar que cuando ocurre un evento pueda afectar sus vidas, creencias, instituciones o la zona donde viven, y, por lo tanto, uno de los posibles eventos, la población local puede determinar su proceso de desarrollo. Discriminación marginal o remota. La iniciativa del estado de promulgar una ley dentro de su alcance nacional para proteger los

derechos de los pueblos indígenas ha sido ampliamente elogiada por varios países, pero esta ley ha sido fuertemente criticada por los pueblos indígenas por tener criterios que fueron severamente restringidos. Estaban más allá de tus derechos. Además de la renuente aceptación de ciertos organismos gubernamentales de no adherirse al proceso de consulta anterior, esto genera una mayor desconfianza entre las comunidades y el Estado y crea una atmósfera de confrontación entre estos dos partidos. El papel correcto del estado en el proceso de consulta anterior es garantizar el cumplimiento.

### **1.2.3. Locales**

Mestanza (2018) establece que, por lo que ya hemos estudiado, sabemos que, como lo demuestra el enfoque del desarrollo de los Sentidos como la libertad, "el desarrollo puede entenderse como un proceso de expansión de las libertades reales que disfrutaban los individuos". En otras palabras, el desarrollo no debe medirse por ningún indicador que no sea el aumento de las libertades individuales, su papel central en la mejora de la capacidad de las personas para expresar y defender sus llamados a la atención política, como la consulta con las comunidades indígenas sobre este punto, por ejemplo, es la posibilidad que ofrecen las democracias para evitar desastres como las hambrunas y los conflictos sociales actuales.

De manera similar, después de un estudio histórico y legal de los fundamentos de la elaboración del Convenio 169 de la OIT, encontramos que estos se basan en el reconocimiento del multiculturalismo y la inclusión progresiva de los pueblos indígenas, respetando sus derechos propios Humanos en la dinámica nacional, en el caso particular de la consulta previa, estos principios no se respetan porque el poder soberano del gobierno se ejerce independientemente del hecho de que corresponde a la voluntad del pueblo.

Gamarra (2017) en su trabajo concluye que, el primer objetivo propuesto para esta investigación: "Determinar el desarrollo de la ley de los pueblos de origen

en Perú desde el nivel histórico y social". En este sentido, los diversos criterios con los que se ha enriquecido esta tesis han demostrado que, en el país, después de la experiencia traumática de la conquista española, hubo un complejo proceso de adaptación cultural en el que las naciones indígenas tuvieron que hacer enfrentando a la metrópoli sujeta al marco legal impuesto en el cual sus derechos fueron completamente violados y su condición humana fue llevada al límite de la infra-humanidad.

De esta manera, los pueblos no solo han sido saqueados y explotados, sino también desarraigados de sus raíces culturales más profundas, lo que nos ha permitido forjar lazos de identificación.

En esta perspectiva, su destino ha estado a merced de los intereses y ambiciones de la clase dominante española durante más de tres siglos, pero la existencia de ciertas leyes que mantuvieron su terreno común y no pudieron ser usurpadas por los criollos o los mestizo. El proceso de independencia, lejos de cambiar este panorama, lo mantiene en la medida en que es una reorganización geopolítica de las colonias en lugar de una verdadera independencia en el verdadero sentido de la palabra.

En cierto modo, el indio no participó realmente en este proceso y, en cambio, se vio envuelto en la lucha de poder por los dos grupos; Después de todo, siguió rindiendo homenaje hasta la llegada de Ramón Castilla, más de 30 años después de la declaración de independencia de San Martín.

Asmat (2018) expresa que la participación en las políticas públicas está actualmente en el centro de las discusiones académicas sobre las posibilidades de expansión democrática en el mundo, cada vez más integrado, pero también más desigual y contradictorio, en línea con los cambios impuestos por la globalización.

A nivel internacional, los Estados y organizaciones comprometidos con el desarrollo están intensificando sus esfuerzos para expandir la participación política y social, buscando expandir los límites de la ciudadanía. Desde el

punto de vista del derecho penal, el ordenamiento jurídico nacional carece de disposiciones que prevengan el abuso o excesivo poder político. En este caso, se deben utilizar métodos rápidos para que la Corte Constitucional intervenga para resolver el problema, lo que ocurre cuando el Congreso delega autoridad legal y cuando el Poder Ejecutivo emite la cuestión de una orden inconstitucional del legislador.

Castillo (2018) por su parte, analiza que la situación de los derechos indígenas en la comunidad Shipibo Konibo Cantagallo se ve afectada por: 48% de los empirismos que aplican los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT para la identificación de los pueblos indígenas y no se ajustan a las normas nacionales y internacional sobre derechos indígenas. Como resultado, el resultado se compensa con el 52% de los éxitos. El empirismo de la aplicación y el incumplimiento del rendimiento es de solo 4 puntos porcentuales (4%).

Esto nos permite confirmar que todavía hay mucho por hacer en Cantagallo, aunque la construcción de un complejo residencial es un paso importante para esta comunidad, pero es una iniciativa aislada que fue el fruto de la buena voluntad de un presidente actual. Sin embargo, no es una iniciativa que surja de una política pública establecida para este propósito. Nuestra realidad histórica nos ha demostrado que los proyectos e iniciativas de un presidente no siempre son seguidos por sucesores.

De hecho, las visitas al municipio de Cantagallo han revelado que el proyecto de construcción "Complejo de viviendas y buena transitabilidad peatonal, Jakonax-Jati-Jema" está actualmente paralizado por problemas administrativos, y esto podría deberse a o el actual ministro de Vivienda.

El presidente actual no está en sus prioridades para continuar este proyecto. Esto no sucedería si fuera parte de una política pública que publica programas y proyectos dirigidos al desarrollo integral de la población indígena urbana, a los cuales Cantagallo puede recurrir en un marco institucional con una agencia

gubernamental que emite directivas transversales vinculante para empresas en los tres órdenes de gobierno.

### **1.3. Teorías relacionadas al tema**

#### **1.3.1. La sanción punitiva: Encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas y tribales**

El Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes reconoce en su art. 10 el derecho de preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento para los miembros de dichos pueblos, derecho que los jueces o magistrados no deben desconocer al momento de aplicar el ordenamiento jurídico-penal estatal. Así este artículo precisa:

##### Artículo 10

Cuando se imponen sanciones penales impuestas por el derecho consuetudinario a miembros de un pueblo específico (indígena y tribal), deben tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

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

Al respecto, Binder (2015) indica:

Si el caso aplica a la jurisdicción general y los jueces no han podido absolver de la pena a los pueblos indígenas (incluido el artículo 9 del Convenio 169 y el artículo 15 del Código Penal Peruano, etc.) estos jueces deben tener en cuenta las condiciones socioeconómicas y culturales y la OIT. Según lo prescrito en el Convenio 169, existe el deber de dar preferencia a una segunda sanción o una sanción alternativa de prisión (p. 15).

Cabe destacar que el derecho recogido por el art. 10 del Convenio N.º 169 OIT se “funda en las características culturales de unos pueblos y comunidades que prefieren la reparación del daño causado por el delito que su castigo” (López, 2002, p. 215).

Asimismo, Gomiz y Salgado (2016) señalan:

El artículo anterior tampoco requiere la proclamación de la ley nacional o local si protege la integridad y protección de la cultura, los valores e instituciones indígenas (protegiendo el artículo de la Convención Nacional) y la declaración de la ley nacional o local, excepto en casos específicos en que se apruebe. Esto incluye perder la identidad de la persona restringida (ya sea debido a la distancia del entorno cultural, la adopción de pautas institucionales extrañas o la interrupción religiosa o lingüística) o el "riesgo de perturbar la vida comunitaria". También deben tenerse en cuenta las características económicas. Si bien el trabajo inicial se cita solo como un ejemplo de baja capacidad para pagar multas, dada la fuerte naturaleza de la comunidad de identidad local, se deben considerar las posibilidades de la familia o grupo étnico para mantener un contacto permanente en tales situaciones (p. 166).

### **1.3.1.2. Pena de encarcelamiento**

La pena de encarcelamiento es aquella pena privativa de libertad consistente en la afectación de la libertad física del penado mediante su encierro en un recinto carcelario por un tiempo determinado. Es decir, este tipo de pena “consiste en la privación de la libertad ambulatoria de la persona condenada por la comisión de un delito; resulta ser la pena más grave del ordenamiento” (Peña, 2011, p. 215).

Conforme a nuestra legislación vigente, las personas asumirán la pena de encarcelamiento en los siguientes casos: cuando normalmente la sanción impuesta sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; cuando, aunque la pena privativa de libertad sea inferior a cuatro años, a criterio debidamente motivado del juzgador, dicha pena deba ser efectiva; cuando el agente tiene la situación de reincidente o habitual, y cuando a los condenados les hayan sido revocadas las penas alternativas.

### **1.3.1.3. Aplicación de la pena de encarcelamiento estatal a integrantes de los pueblos originarios**

Según el Primer Censo Nacional Penitenciario 2016, se registró 7096 internos que tienen lengua materna el quechua, 770 internos el aimara y 157 asháninca, awajun/awaruna o shipibo-konibo.

Sobre el encarcelamiento, la OIT (2003) ha señalado lo siguiente:

La prevención es un problema que afecta a pueblos indígenas y etnias. Esta experiencia fue muy mala para sus integrantes porque la mayoría de ellos murieron en prisión. Al menos 220 aborígenes murieron bajo custodia en Australia entre 1980 y 1997. Con solo el 1,4 por ciento de la población adulta, los aborígenes representan más del 25 por ciento de todas las muertes en prisión, principalmente por malas condiciones de detención, problemas de salud, suicidios y otras causas.

Respecto a la situación de la persona indígena sometida a un proceso penal de la jurisdicción ordinaria, Kuji (2015) indica:

Las personas indígenas involucradas en los asuntos penales del sistema enfrentan discriminación en sus reclamos, discriminación en el trato, mala conducta en los centros de detención y faltas graves en el proceso legal, especialmente en relación con el administrador de justicia ante el derecho a la protección (p. 101).

#### **1.3.1.4. Sanciones distintas al encarcelamiento efectivo**

##### **1.3.1.4.1. Motivación de la condena en caso de no preferirse sanción distinta del encarcelamiento**

En el I Pleno Jurisdiccional Regional sobre Justicia Intercultural, realizado en Pucallpa el 2 y 3 de septiembre del 2016, uno de los acuerdos que se tomó fue sobre la sanción penal y medidas cautelares aplicables a los ciudadanos de las comunidades nativas, comunidades y rondas campesinas. El Pleno de los jueces superiores convocados acordó:

Los jueces deberían dar preferencia a la aplicación de sentencias alternativas o sustitutivas de detención preventiva según el Convenio 169 de la OIT para miembros de comunidades rurales, comunidades indígenas y rondas campesinas. Esto debe hacerse verificando que no se ha violado el principio de legitimidad, por lo que la posibilidad de emitir un permiso distinto al de prisión solo debe permitirse en los casos en que se imponga una pena efectiva de hasta 4 años de detención.

El Poder Judicial debe proponer un cambio en la norma penal, de manera que aumente la probabilidad de un cambio en la sentencia por servicios comunitarios, en el sentido de que la aprobación se puede aplicar junto con la prisión en los casos en que la aprobación se base en 8 años de prisión (Corte Superior de Justicia).

Los jueces, al optar la pena privativa de libertad efectiva para los integrantes de los pueblos originarios, deberán motivar sus decisiones, haciendo saber las razones por las que no prefieren el tipo de sanción distinto del encarcelamiento. De lo contrario, se viola el derecho a justificar las decisiones judiciales.

“Este es un derecho constitucional que la jurisdicción regular exige que las decisiones que tomen contengan razones fácticas y legales que justifiquen su

decisión final a través de un proceso de valor razonable y duradero” (Rosas, 2016, pp. 117 y 118).

El derecho a obtener sanciones alternativas a la privativa de libertad efectiva, del que son titulares los miembros de los pueblos indígenas, no significa privilegiar a estos en los procesos judiciales, sino garantizar sus derechos fundamentales, y obliga a las autoridades a observar las directrices impuestas por el Convenio Internacional de la OIT.

Finalmente, respecto a la especial protección que otorga el Convenio N.º 169 OIT, Molleda y Másquez (2018) señalan lo siguiente:

La protección especial de los integrantes de los pueblos indígenas se concreta en los derechos enunciados en el Convenio 169. Este les brinda una tutela reforzada a través del reconocimiento de derechos específicos, distintos a los que poseen otros sectores de la población nacional (p. 66).

#### **1.3.1.4.2. El error de comprensión culturalmente condicionado**

El error de comprensión culturalmente condicionado previsto en el art. 15 del CP constituye una causa excluyente de culpabilidad. Como consecuencia de este “error”, la persona no podrá introyectar íntegramente o de manera parcial los valores de la sociedad, ya que el agente al ser miembro de alguna comunidad indígena, nativa u otras, su cultura o costumbres no le permite comprender del todo o en parte el carácter delictuoso de su conducta. Este “error” puede ser invencible, en cuyo caso dará lugar a una exención de responsabilidad penal, o vencible, donde se atenuará la sanción.

Este “error”, como ya se dijo, puede ser invencible o inevitable, en cuyo caso la persona no podrá salir del error en ninguna circunstancia, dado a que por su cultura o costumbres no está en la posibilidad de introducir los valores o reglas de la sociedad moderna tal como la conocemos; todo lo cual es propio de algunas comunidades indígenas, nativas y con mayor razón de los

llamados pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o de contacto inicial. Por el contrario, el “error” podrá ser vencible o evitable en aquellos casos donde las personas, que forman parte de estas poblaciones alejadas, hayan tenido la ocasión de poder interrelacionarse con aquellas sociedades que han establecido reglas, normas o parámetros de conducta.

En esta parte introductoria, resulta importante citar a Bramont-Arias (2005), quien señaló que “En la teoría del delito, tanto la formalidad como la ilegalidad, se analiza el acto y en el delito se examina si una persona puede ser considerada responsable de la actuación típica e ilícita del derecho penal.” (p. 297). Asimismo, Reyna (2016) señala que “También es culpable quien tenga la capacidad física para comprender que su comportamiento está negado por un orden legal y que tenga la capacidad de promocionarse de acuerdo con ese conocimiento en determinadas circunstancias” (p. 291).

Es por esta razón que se presentan como causas excluyentes de culpabilidad las siguientes: 1) la inimputabilidad, que puede deberse a la minoría de edad (menos de 18 años), aunque han existido excepciones desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991, como es el caso del delito de terrorismo y terrorismo agravado; 2) las anomalías psíquicas vinculadas directamente con las psicosis; 3) la grave alteración de la conciencia y 4) la grave alteración de la percepción. Así también tenemos el llamado 5) error de prohibición, lo que antes se conocía como error de derecho, el mismo que puede ser invencible o vencible, o como también se le conoce inevitable o evitable.

En esa misma línea, tenemos al 6) error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el art. 15 del CP. Esta excluyente se puede apreciar mejor en aquellos pueblos amazónicos o de la región andina que se encuentran alejados de alguna manera de la civilización, lo que les impide internalizar los valores de la sociedad, incurriendo, por tanto, en conductas consideradas delito; tal y como ha sucedido en diversas oportunidades con el tema referido a las agresiones sexuales, lo que será desarrollado más adelante.

Y, finalmente, dentro de la culpabilidad también tenemos como causas excluyentes la no exigibilidad de una conducta de acuerdo con derecho, como son los casos de 7) estado de necesidad exculpante, que es diferente al estado de necesidad justificante (causa excluyente de antijuricidad o causa de justificación), y 8) el miedo insuperable.

En consecuencia, al analizar el “error” tenemos que relacionarlo inmediatamente con una causa excluyente de culpabilidad; la misma que ha sido abordada en el Acuerdo Plenario N.º 1-2015/CIJ-116 del IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, en lo que se transmite la Comisión de Delitos contra la Libertad Sexual de Menores se establecen cuatro criterios para el proceso penal, a saber: 1) es de aplicación restringida, 2) requiere de una pericia antropológica, 3) se requiere acreditar la relevancia de la interculturalidad, 4) debe tenerse en cuenta la legislación nacional e internacional en cuanto al interés superior del niño.

Asimismo, al tratar sobre el “error” resulta pertinente señalar que esta figura está vinculada al art. 149 de la Constitución Política del Perú, que se refiere a la jurisdicción especial y al reforzamiento de un derecho consuetudinario; lo que implica un reconocimiento a la interculturalidad que existe en el país, donde hay un respeto por la cultura y costumbres de cada lugar.

#### **1.3.1.5. Las comunidades indígenas y el “derecho penal del enemigo”**

Las sociedades latinoamericanas contemporáneas han enfrentado un importante desafío en los últimos años para hacer frente a su desarrollo social y económico más amplio. La comunidad internacional y la propia sociedad civil buscan reconocer la diversidad cultural que existe en la mayoría de los países latinoamericanos poscoloniales.

En este sentido, el derecho penal, como la expresión más vergonzosa del poder estatal, enfrenta el desafío de abordar este pluralismo cultural y jurídico

para garantizar los derechos ideales a la libertad de algunas comunidades indígenas o indígenas, pero también la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

El objetivo de este trabajo es analizar brevemente las posibilidades del profesor alemán Gunther Jacobs para el pluralismo cultural y jurídico, al que denomina "enemigos".

#### **1.3.1.6. Sociedad, norma y persona según Jakobs**

Según Jacobs (1996), la sociedad es una construcción del contexto de la comunicación porque consiste en comunicación, no en sujetos. Basado en la teoría sociológica de Jacobs, señaló que la sociedad no apunta a proteger o afirmar un cierto valor externo, sino que busca protegerse a sí misma de una manera autosuficiente. Las relaciones sociales entre las personas componen la sociedad.

Sin embargo, la forma de pensar, los intereses y los valores de cada persona son diferentes, por lo que la comunicación que se produce puede dar lugar a distintas formas de regulación social. Los ciudadanos o sus representantes son responsables de organizar la sociedad de una forma u otra; Sin embargo, las personas pueden compartir dicho acuerdo como si no estuvieran de acuerdo con él. Este es un fenómeno natural de la sociedad pluralista que es evidente en la realidad.

Así, la identidad social de los individuos está determinada por las reglas de configuración, es decir, no por determinados estados o bienes, sino por normas, como dice la sociedad dinámicamente entendida como sujeto de construcción.

De hecho, Jacobs reconoce que el propósito y la lógica de la norma jurídica es una confirmación de la identidad social creada por el ideal que asegura un orden uniforme de diversidad que se encuentra en una sociedad monolítica.

Esto evita cualquier comportamiento disidente que no se ajuste al patrón establecido por la identidad social y, al cuestionar esa identidad, no indica ninguna evolución social.

Para el profesor alemán Gunther Jacobs, la multa no buscará ejercer un efecto sobre el público para prevenir futuros delitos, sino que tendrá como objetivo restaurar la validez de las normas quebrantadas por la Comisión del Crimen y reafirmar el derecho.

Jacobs reconoce que la sociedad está en constante evolución y cambio, razón por la cual el ideal no podía permanecer ajeno y estable ante este evento experiencial; Sin embargo, este fenómeno debe distinguirse de las acciones individuales que no tienen un nivel de frecuencia y generalidad para cancelar o cambiar las reglas. La norma jurídica se basa en la interacción social que determina qué está prohibido y qué está permitido (adaptación social), pero esta adaptación social está determinada por la valoración global de la sociedad que luego es captada por el legislador.

#### **1.3.1.7. ¿El pluralismo cultural y jurídico como factor expansivo de los “enemigos”?**

Como ya hemos mencionado, según la posición de Jacobs, la formación social está determinada por el reconocimiento de las normas legales que garantizan las expectativas sociales del desempeño individual.

Por tanto, sólo la comunidad en la que tiene un significado ideal se conoce como sociedad. Es decir, en el que todos los miembros de la sociedad reconozcan como válida la norma jurídica y actúen en consecuencia.

Aquí se afirma claramente que es interesante analizar la opinión de Jacobs sobre el pluralismo cultural en sociedades y estados, porque en su opinión, las sociedades multiculturales no se socializan adecuadamente a menos que

existan culturas sociales que sean toleradas por la ley y que no puede ser  
Como dice el propio autor:

(...) Mientras haya cambios que no se puedan reducir al folclore, el castigo corporal en el sur de Asia, la desigualdad de género en los países islámicos y otras violaciones de los derechos humanos en diferentes países de la tierra, ninguna sociedad puede hablar, que carece exactamente del mismo significado ideal. Los contactos todavía son posibles en este caso, incluidos los contactos intensivos, pero solo de tipo instrumental (...) (Jakobs, 2004, p. 48).

Según Jacobs, el folclore debería ser diferente de la cultura. Puede haber una pluralidad de folclore en la sociedad, pero no una pluralidad de cultura. El folclore no lo utiliza para validar y vincular la norma legal.

Por otro lado, no puede haber culturas coexistentes separadas en una sociedad, ya que esto necesariamente eliminaría la designación de "sociedad" de la comunidad debido a la falta de identidad de la sociedad. Según el autor, algunos comportamientos con especial daño o gravedad social pueden reconocerse no como un simple folclore, sino como cultura. En otras palabras, el pluralismo cultural o multiculturalismo produce "desintegración social".

En este sentido, señala Jacobs, en una "sociedad" multicultural, la Constitución como norma jurídica suprema ya no se establece como un vínculo entre personas o grupos de diferentes culturas, sino como un estado funcional de "sociedad".

La Constitución se convierte en una herramienta simple y eventualmente disponible de todas las culturas para la convivencia con otras. Así, Jacobs afirma que el pluralismo cultural es un factor que promueve la aparición de "enemigos":

El número de enemigos no disminuirá tan rápido, pero quizás aumente aún más. Una sociedad que ha perdido el apoyo de una religión por parte del Estado y la familia, y en la que la nacionalidad se percibe como una característica aleatoria, brinda al individuo un gran número de oportunidades para hacerlas al margen de la ley o al menos hacerlas posibles. Ofreció una sociedad con conexiones más fuertes. Esto tiene el poder explosivo del llamado pluralismo cultural. Un completo absurdo: o simplemente se agregan diferentes culturas a la comunidad legal básica, y luego es un multiculturalismo de una cultura; O, y este es un tipo peligroso, los cambios hacen que la identidad de sus miembros, pero luego cambia la base legal general para convertirse en un medio de vida y, como cualquier otra herramienta, se utiliza cuando no existe la necesidad.

El derecho penal enemigo se caracteriza por las barreras al castigo (sanción de solo los procedimientos preliminares del delito), la imposición de castigos severos y la facilitación de garantías de acción al enemigo.

Así, Jacobs evalúa negativamente la presencia del pluralismo cultural en la sociedad, ya que no permite que las personas creen identidades sociales que puedan ser protegidas por normas legales.

Según Jacobs, este es un factor que construye sujetos que se distraen constantemente de la ley al no reconocerla como aplicación de la ley. Además, en el contexto del derecho penal, se concluye que Jacobs insiste en que los individuos, que pertenecen a otra cultura del mismo estado, violan los derechos humanos como práctica tradicional, se convierten en "enemigos" desde ese punto de vista. Y una visión del orden jurídico global.

Por tanto, el plural cultural y jurídico es un factor lesivo para la sociedad, ya que permite la difusión de derechos que no están motivados por normas legales que atenten contra el ejercicio de los derechos individuales.

#### **1.3.1.8. Crítica a la posición de Jakobs**

Al exponer la percepción de Jacobs del individuo, la ley y la sociedad, y los fundamentos de su influencia en el contexto del pluralismo cultural, es posible que brinde una perspectiva de su posición.

#### **1.3.1.9. Sobre el concepto de “persona” y su relación con el derecho**

En primer lugar, criticamos la visión puramente normativa que tiene Jakobss sobre el concepto de personalidad. El hombre no puede construirse según la ley, sino al revés. Las personas son las que dependen de la comunicación personal sobre sí mismas. “La comunicación personal no puede definir a los individuos como seres humanos” (Demetrio, 2011, p. 107).

Por tanto, es inconcebible establecer una dicotomía axiológica entre una persona y un enemigo. Es que “la ley que debe estar al servicio y basada en los intereses personales porque el hombre crea la ley” (Núñez, 2009, p. 341).

Por lo tanto, también contradecemos el concepto de derecho penal de Jacobs. Debe rechazarse la concepción del propósito del derecho penal como mera confirmación de la vigencia de una norma en la sociedad, ya que el orden jurídico en un Estado constitucional, democrático y constitucional debe estar siempre al servicio de las personas y de su dignidad.

En este sentido, la norma penal no puede olvidar su ancla ontológica de protección última del individuo, sin negar la presencia de efectos simbólicos que confirman la vigencia de la propia norma.

Alcacer (2003) señala que “la finalidad preventiva primordial del derecho penal debe ser en todo caso la protección de la propiedad jurídica y la protección de la validez de las órdenes debe ser una finalidad, aunque legítima, axiológica y funcionalmente subordinada”(p. 123).

Las teorías preventivas, tanto especiales como generales, gozan de protección constitucional directa si sus fines, como se verá más adelante, se corresponden con el principio - el derecho a la dignidad", según la Corte Constitucional, Declaración N. 0014-2006-PI / TC, Lima: 19 de enero de 2007

En un estado constitucional como el nuestro, en el que la dignidad humana es la base y el fin de todo el ordenamiento jurídico, ciertos sujetos no pueden ser excluidos del estado del individuo (con sus respectivos derechos).

La dignidad humana es inherente al hombre y no depende del correcto o inadecuado desempeño de una persona en relación con su protección y reconocimiento. Este reconocimiento inherente de la dignidad tiene incluso un alcance universal, como se reconoce en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos: ". De esta forma, el ser humano es el mayor valor y referente axiológico de todo el orden constitucional.

No estamos de acuerdo con el enfoque de Jacobs porque prescinde de todos los anclajes ontológicos en su teoría. Creemos que la ley es un hecho institucional impregnado de hechos físicos y que se fundamenta en el estado de derecho constitucional al servicio de los intereses del pueblo. La ley no es un fin en sí misma ni un castigo.

Como afirman Carbonell y Berenguer (2006): "(...) toda regla, especialmente la criminal, es una decisión política que juega con la libertad, toda decisión política está al servicio de los intereses "(p. 185). Tomemos el ejemplo: quien mata a otra persona no solo rompe la regla de que no mata, sino que también destruye la vida en la realidad. El sistema normativo debe, por tanto, servir al sistema psicofísico del hombre.

En la mayoría de las sociedades modernas no existe una sola cultura, sino que el fenómeno "multiculturalismo" o "pluralismo cultural" se da en mayor o menor medida. En el contexto social peruano, como en otros países de América Latina, conviven la mayoría de las culturas occidentales que fueron

traídas de Europa durante la época colonial y diversas culturas indígenas o minoritarias indígenas.

Desde el punto de vista de Jakobs, esto significa que, en relación con la relación entre derechos y personalidad, inicialmente puede aplicar cualquier forma de organización política, incluidas las totalitarias.

Si bien Jakobs señala que las normas legales son aquellas que recogen y aseguran expectativas sociales de acción y generan identidad social, una norma legal puede legitimar un comportamiento inaceptable desde un punto de vista moral crítico, como ocurrió en el nacionalsocialismo nacionalsocialista alemán. Esto se debe a que la norma determina qué expectativas deben protegerse y qué papel social juega cada sujeto en la sociedad.

La norma es lo que finalmente construye la sociedad para que la sociedad pueda determinar cómo se configura porque la norma es una expresión de identidad social.

La "ley penal del enemigo", que se desvía de la "ley penal del ciudadano", es impensable en un estado de bienestar y un estado constitucional. Una ley penal que no se ajusta a los principios y normas constitucionales y, por tanto, a la "moral crítica" simplemente no es una ley.

Cabe señalar que tratar y tratar a ciertas personas como "enemigos" en lugar de crear seguridad en la sociedad crea inseguridad, ya que el llamado "derecho penal hostil" crea un castigo por el cual las personas siempre se ven a sí mismas como criminalizadas sin para proteger muchos de sus derechos y garantías mínimas (crea el llamado "terror penal") (García, 2005, p.4).

La negación de la vigencia del derecho penal hostil, además de los derechos ciudadanos, fue incluso dictaminada por la Corte Constitucional peruana en la medida en que tomó en cuenta lo siguiente:

La política procesal penal de un Estado constitucional democrático no distingue entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo; Es decir, derecho penal que, en materia de garantías penales y de los fines de la sanción aplicable, generalmente comete delitos por parte de los perpetradores cuando se encuentran fuera de la ley, por circunstancias, y por su condición, leyes distintas. Y así, ya no se les considera civiles, sino enemigos. Para el primero, se aplican los propósitos constitucionales de la sentencia anterior, mientras que, para el segundo, no hay más opción que eliminarlo por completo. Sin duda, este concepto no puede ser considerado en un Estado que, por un lado, se basa en el principio propio de la dignidad humana y, por otro, en el principio político de la democracia. (Exp. N.º 003-2005-PI/TC,).

#### **1.3.1.10. Análisis jurídico del error de comprensión culturalmente condicionado**

Esta institución jurídica del derecho penal es abordada en el parte general del libro primero, específicamente en el art. 15 del Código sustantivo, dispositivo que señala lo siguiente:

Quien por su cultura y costumbres cometa un acto punitivo sin comprender el carácter delictivo de su acto o definirse en ese sentido, quedará relevado de responsabilidad. Cuando, por la misma razón, se reduce esta probabilidad, la sentencia se reducirá.

Cabe señalar que por virtud de la Ley N.º 30838, de agosto del 2018, se incorporó un segundo párrafo al art. 15 para precisar lo siguiente:

Lo dispuesto en el primer párrafo se aplica de acuerdo con los lineamientos para el proceso penal intercultural establecidos por el Poder Judicial (...), que perjudiquen a menores de catorce y mayores de catorce años que hayan sido comprometidos sin su consentimiento.

Como se puede apreciar uno de los contenidos de la culpabilidad es el conocimiento del ordenamiento jurídico penal, sin embargo, ello no siempre podrá estar presente, debido, como en el presente caso, a razones de cultura o costumbres, en cuyo caso nos encontraremos ante lo que se conoce como el “error de comprensión culturalmente condicionado”.

Al respecto, Cavero (2012) señala lo siguiente:

Existen dos tipos distintos de condicionamientos en la doctrina penal que conformarían la figura contenida en el artículo 15 del Código Penal: por un lado, el condicionamiento cultural que afectaría la capacidad para comprender la naturaleza delictiva del delito o actuar en consecuencia (error cultural condicional en sí); Y, por otro lado, condicionamientos derivados del hábito que reducirán la capacidad interior de la ilegitimidad de la conducta (la llamada conciencia final insatisfecha). Se entiende que el artículo 15 del Código Penal se limita a los casos que se refieren a cuestiones de carácter cultural, ya sean valores o costumbres culturales (p. 345).

Los finales insatisfechos en el campo de acción por motivos de conciencia deben ser tratados con casos de conciencia final, que se verán puestos en las condiciones de implementación. En teoría criminal se discute la naturaleza judicial-criminal de los llamados malentendidos culturales condicionales. Algunos autores afirman que, incluso cuando se habla de error, se trata de un caso indiscutible, ya que se supone que el autor no cuenta con las condiciones personales requeridas para actuar de acuerdo con la ley.

Sin embargo, la falta de comprensión que surge del condicionamiento cultural afecta la capacidad del sujeto para comunicarse de forma legal-criminal, esta falta no es comparable a la que surge por motivos de salud física o mental, sino por integración cultural.

Por lo tanto, es más exacto asumir que el error cultural es un concepto erróneo, no la razón por la que no se logra. Entre quienes afirman estar equivocados, hay una diferencia a la hora de determinar si el objeto del delito es preventivo o un acto específico. A pesar de estos argumentos sobre el orden histórico y el orden, la sección de educación criminal muestra que la creación de delitos culturales equivale a la prevención, pero que el desconocimiento se deriva de la cultura y las prácticas tradicionales. Así, el libre derecho a controlar un delito y el derecho cultural se define como una violación de la prohibición, pero no por otros.

Además, el diccionario castellano define "cultura" como "un conjunto de formas de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, a la vez un grupo social, etc.". Asimismo, define "hábito" como "un hábito, una práctica común o práctica establecida por la tradición o la repetición de las mismas acciones que puede adquirir el poder de regulación".

Tal como se puede apreciar, ambos conceptos son diferentes, sin embargo, se encuentran interrelacionados; siendo por ello que la norma (art. 15 del CP) utiliza la conjunción "y" y no la "o", como se puede observar a continuación: "El que por su cultura y sus costumbres (...)".

Coincidimos, a su vez, con la posición adoptada por Cavero (2012), en cuanto a no considerar al "error" como una "causa de inimputabilidad", toda vez que esta última figura se relaciona con una falta de entendimiento o comprensión del carácter delictuoso de la conducta, por razones de carácter físico (edad) o mental (anomalía psíquica: psicosis, grave alteración de la conciencia o de la percepción). Asimismo, estamos de acuerdo con que nos encontraríamos ante una forma de error de prohibición.

Para Melgarejo (2011), respecto al "error de comprensión" (es una clase de error de prohibición), señala lo siguiente:

No afecta el “conocimiento”, sino impide que el sujeto llegue a “comprender” la norma prohibitiva u obligatoria. Se trata de un error fuertemente condicionado por razones culturales o de costumbre (natural, étnico, idiosincrasia, etc.), en el cual el sujeto se desenvuelve; por tanto, no cabría exigirle que comprenda la antijuricidad de su conducta (porque no entiende). En el caso de aquellos que muy frecuentemente en su pueblo (comunidades campesinas o nativas) practican relaciones sexuales a temprana edad como algo natural o que comercializan la hoja de coca sin necesidad de solicitar permiso a la autoridad competente. A ellos no cabría exigirles que comprendan la antijuricidad de su conducta (p. 233).

Coincidimos con Melgarejo (2011) en que el “malentendido cultural” es un tipo o forma de “error de prohibición” o, como señala García Caveró, cuando la condicionalidad cultural impide el acceso al conocimiento sobre prohibiciones penales. Con la propiedad especial de que en el caso de un "error de comprensión culturalmente condicionado" este error es producto o consecuencia de la cultura o costumbres del agente, por lo que conserva su autonomía en este sentido.

En ese mismo sentido, Rojas Vargas, al analizar el art. 15 del CP, señala lo siguiente:

Es una forma de error restrictivo no solo en el campo de la educación, sino también en el Código Penal de América Latina (que es diferente en otros entornos legislativos, pero también en conjunto con Europa Occidental), y se basa en normas sociales o culturales, que determinan patrones o culturas. Los movimientos localizados y arraigados en la cosmovisión del área específica y objetivo de la población son distintos del principal modelo sociocultural del país donde son practicados por una mayoría de personas con información de contacto de delincuentes (p. 456).

Es decir, el error de comprensión cultural no se denuncia por razones obvias de la insuficiencia de la ley (artículo 20 párrafo 1 del Código Penal: incapacidad mental, discrepancia de actitud, por ser demasiado joven) o no puede, sino por normas culturales que determinan que el consumidor al momento de cometer un delito no conocía el carácter delictivo de su acción ni se determinaba en ese sentido. De qué manera, el sujeto, por su naturaleza y su condición jurídica, merece ser difundido ampliamente y diferenciado de la información actual, una forma de delito preventivo. Así, en algunas partes de los estudios nacionales, también hay casos de falta de atención debido a diferencias culturales, para algunos es un caso legal (dos estudios en el lado equivocado) (Rojas, 2016, p. 318).

Entonces, para Rojas Vargas, también existen distintas posiciones en torno a la naturaleza del “error”, haciendo mención que para unos puede ser una causa de inimputabilidad o una causa de no exigibilidad de otra conducta (ambas dentro del ámbito de la culpabilidad); sin embargo, para nosotros la posición más acertada es considerarla como una clase de “error de prohibición”.

Asimismo, Rojas Vargas señala que el “error” se encuentra:

Fundamentado histórica y jurídicamente en América Latina, por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, pero ya existente, con anterioridad, en proyectos legislativos comparados (...). El derecho penal peruano considera respuestas y formas de reducir la discriminación. En ocasiones en sociedades indígenas y laicas como espacios culturales cerrados, se les imputan delitos penales (adulterio con menores de 14 años, hurto ante la cosmovisión, sanción o vulneración de determinados derechos de forma habitual en una nación o sociedad, corregir conocimientos o sancionar por actos ilícitos); en segundo lugar, se reduce la sanción, pero en el último caso el consumidor es capaz de comprender plenamente la orientación y puede decidir según el territorio mencionado, pero incluso si se agrega el peso de su cultura, entonces puede llenar el comportamiento de acuerdo con la Ley (p. 345).

Los errores culturales son cometidos por nativos o campesinos que cooperan con culturas autoritarias o se ajustan a ellas. En esta sección analítica, la Psicología y / o Antropología, si procede, tiene un valor especial para determinar el grado de implicación del consumidor en su contexto cultural y para explicar el error y advertir de las características que se pueden utilizar. De manera similar, dicha experiencia es útil para analizar la pérdida de influencia del liderazgo y las normas culturales y la industria para integrarse en las normas y normas de la cultura formal, lo que es útil para aclarar el caso y los beneficios de la reducción del castigo y la indulgencia del delito. por el delito cometido.

A diferencia de los casos previos al juicio (Artículo 20.1), que requieren que el juez establezca reglas de seguridad, evidencia de un error cultural (como un delito grave), ningún trabajo de seguridad tiene consecuencias.

Sin embargo, dado que todo es limitado en el mundo jurídico, el Gobierno debe compartir las diferencias culturales de que el respeto a los derechos humanos es una responsabilidad constitucional a la que también se encuentra bajo el criterio de quienes están protegidos por la persecución penal.

De las diferencias culturales y de los conflictos o conflictos entre las normas culturales y los derechos humanos, el acto debe ser delictivo, independientemente de la singularidad de la víctima o de las múltiples culturas de poder.

De otro lado, Villavicencio (2014) precisa lo siguiente:

La incorporación del artículo 15 al Código Penal de 1991 representa un importante paso adelante para el Estado peruano al poner este instrumento a disposición de la justicia ordinaria como parte del reconocimiento de la diversidad cultural. Esta norma se inscribe en el ámbito del reconocimiento del pluralismo jurídico y la competencia específica proclamado en el artículo 149 de la Constitución Política de

1993 (...). Porque el individuo se desarrolló en una cultura diferente y desde la infancia interiorizó los patrones de comportamiento y los valores de esa cultura. Ejemplo: Un miembro de la comunidad nativa de la Amazonía que se involucra en actos sexuales con menores de catorce años, ya que es común en su comunidad que convivan con niños menores de doce años. Otro ejemplo ilustraría lo anterior: quien realiza exhumaciones de acuerdo con los rituales de su cultura que infrinja las disposiciones de la normativa que rige dichas actividades podría incurrir en responsabilidad penal por la conducta prevista en el artículo 318 del Código Penal. Aquí el sujeto puede haber conocido la prohibición de la norma, pero no puede internalizarla o internalizarla, lo que no será el caso por su condicionamiento cultural, por lo que no puede responsabilizarse por la conducta cometida, aunque conozca la prohibición (p. 189).

Por su parte, Cabrera (2007) señala lo siguiente:

Como diputado consciente de nuestras tradiciones culturales que caracterizan a la Nación del Perú como un evento multicultural, un contexto que requiere el establecimiento de una nueva organización sancionadora que incorpore la retórica sobre la identidad cultural y la diversidad cultural de una tierra abigarrada. El modelo de la razón encuentra la raíz, a medida que el derecho penal se aleja de su protección de la seguridad, de aquellos comportamientos socialmente aceptables y de las diversas personas que viven en la sociedad y circunstancias muy pobres. La persona que cometió el delito puede conocer la ilegalidad de cualquier acto violento, pero no comete su propio delito porque viola las normas culturales de su pueblo, de ahí el poder del castigo (p. 267).

Entonces, como se señaló precedentemente, y lo reafirma el autor que comentamos, la posición mayoritaria o dominante es que el “error” no puede ser considerado como una causa de inimputabilidad, sino como una variedad

del “error de prohibición”; respecto a lo cual los autores citados han señalado diversidad de ejemplos.

#### **1.3.1.11. El error culturalmente condicionado a través del análisis del Tribunal Constitucional**

Para el Tribunal Constitucional, la diversidad cultural es uno de los mayores desafíos que enfrenta el derecho contemporáneo. Esta situación, esta publicada a través del código penal por ciertos motivos, tomado en cuenta como una gran carga para los delincuentes, pues es aquí donde ante los magistrados surge la pregunta de si es posible condenar a una persona a una evaluación con una cultura que no le pertenece.

Nuestro sistema comercial requiere que los agentes sean conscientes de que su comportamiento entra en conflicto con los requisitos del sistema legal y su práctica está legalmente prohibida., debido a que la imputación que supone que el delito se entiende solo va en contra de quienes no saben que su conducta está prohibida.

En particular, este es un tema que se ve a través del Código Penal, en su artículo 15, donde se busca abordar de manera particular la relación con sus implicaciones de comportamiento en términos de la forma en que se comportan las personas que viven en su propia cultura o tradición. El sujeto puede conocer la naturaleza de la cultura, pero puede que no sea capaz de internalizarla por razones culturales, por lo que esta falta de internalización no puede ignorarse.

Por otra parte, se analiza que en el expediente N.º 02083-2010-PHC/TC, se interpone aplicar una figura de error de comprensión culturalmente condicionado frente a un delito de violación agravada, pues se analiza que se había condenado por violación hacia una menor de 14 años, la cual sostuvo una relación consentida por las padres, así mismo señala que la menor desde las 10 años a sido agredida sexualmente por distintas personas y a razón de ello quiso irse de sus casa a la casa del recurrente, el cual está siendo condenado por el delito de violación sexual, vulnerando así el derecho invocado.

Así mismo se analiza que de acuerdo con lo manifestado en el expediente N.º 07009-2013-PH/TC, se solicita de que se tutele el derecho de libertad personal en función al respeto jurisdiccional de la comunidad nativa a la que pertenece, pues la comisión del delito versa por violación sexual, en donde se interpreta que el menor de edad a sostenido relaciones sexuales con el consentimiento de los menores, ante ello se requiere beneficiar el interior de la comunicada y el derecho consuetudinario.

Conforme a ello se analiza también lo mencionado a través de la OIT en su convenio 169, donde manifiesta que el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, se deben de respetar los métodos en los que los pueblos acceden de manera tradicional para poder proveer los delitos cometidos a través de los miembros. Finalmente se requiere que este caso se resuelva a través de lo manifestado por el Código Penal, en donde se establece que el error culturalmente condicionado va a ir conforme la cultura y costumbres del hecho cometido, comprendiendo el carácter delictuoso del acto para que sea eximido de toda responsabilidad o para que la pena sea atenuada.

Conforme a este mismo expediente, también se pronuncia el Poder Judicial, quien a través de su fundamento 42 hace mención que la justicia ordinaria tras merituar la cultura y la costumbre de las comunidades resuelven lo dispuesto por el Código Penal en el artículo 15 a través del error culturalmente condicionado.

De acuerdo a este expediente analizado se comprende que el Tribunal Constitucional comparte los fundamentos 40 y 42 en donde se determina en entendimiento respectivo del juez con respecto a la aplicación de artículo 15 del Código Penal, pues en ambos fundamentos se llega a delimitar el delito cometido y el error culturalmente condicionado, el cual se basa en las costumbre y en la cultura frente al hecho punibles, con el fin de que la responsabilidad sea eximida o que se llegue a determinar la comprensión del acto.

### **1.3.1.12. Análisis sobre la jurisdicción comunal prevista en el art. 149 de la Constitución**

El art. 149 de la Constitución (vigencia del derecho consuetudinario) implica en primer término el reconocimiento de un pluralismo cultural en el país, que se caracteriza por la existencia de diversas costumbres que pueden discrepar o colisionar con el derecho oficial; es por ello por lo que en este dispositivo constitucional se hace referencia a la llamada “jurisdicción comunal o especial”, basada en el derecho consuetudinario. El mencionado art. 149 señala lo siguiente:

Las autoridades de las comunidades y los pueblos indígenas, con el apoyo de los grupos agrícolas, pueden llevar a cabo responsabilidades administrativas bajo sus propias leyes de acuerdo con el derecho consuetudinario, si no violan los derechos humanos. La ley contiene una especie de definición de los poderes especiales mencionados anteriormente por los jueces de paz y otros casos de violencia judicial.

Comentando este artículo, Chirinos (2007) decía:

Novedoso, complicado e inquietante dispositivo que pertenece a la cosecha del actual Congreso Constituyente. Novedoso, en primer término, porque una norma de ese contenido y esos alcances no tiene antecedentes en el pasado constitucional. Por primera vez, se sanciona oficialmente la posibilidad de sustraer del ámbito de la justicia ordinaria, casos cuyo conocimiento le correspondía a ella a título exclusivo y excluyente (pp. 441 y 442).

Por su parte, Peña (2013), respecto al art. 149 de la Constitución del Estado, señala lo siguiente:

Este artículo regula la jurisdicción especial de las comunidades campesinas o comunidades andinas y de las comunidades nativas o

comunidades amazónicas. Es una regulación novedosa en nuestra historia constitucional, con antecedentes en la Constitución política de Colombia (1991), y regulado posteriormente también en Bolivia (1994 y 2009), Ecuador (1998 y 2008) y Venezuela (1999). Con esta regulación se reconoce con rango constitucional la práctica de justicia que, desde miles de años atrás, identificó a las primeras comunidades andinas y amazónicas que se desarrollaron en el territorio. También llamada 'justicia comunal' o 'justicia comunitaria', su reconocimiento constitucional no hace sino confirmar la existencia de un pluralismo jurídico en el Perú. Esto significa que no solo existe un sistema legal o judicial en el país, sino que también se pueden identificar una variedad de sistemas legales relacionados con las comunidades andina y amazónica que coexisten en la misma zona. (...).

Es importante poner énfasis cuando se analiza este artículo en lo referente al derecho consuetudinario, en ese sentido el mencionado autor indica lo siguiente:

Teóricamente, el concepto de derecho consuetudinario se refiere a un conjunto de normas, principios y procedimientos implementados regularmente por los representantes de un grupo social durante un largo período de tiempo. Tres elementos específicos se destacan en el concepto mencionado: 1.- Duración de los derechos 2.- Mayor uso de estos derechos 3.- Consentimiento informado de los representantes de los grupos sociales para la implementación de estos derechos. (...) Sin embargo, conviene aclarar que el concepto de derecho consuetudinario no es estático. Como todas las formas de legislación, se puede cambiar (...).

En el mismo sentido, Bernales (2012), citando a Hurtado Pozo, precisa lo siguiente:

Debido a la naturaleza invencible de estos derechos, el reconocimiento del pluralismo cultural y la jurisdicción informal depende del respeto de los derechos fundamentales. Al evaluar este límite, también se debe considerar el papel importante que puede tener la preservación de la muestra de cultivo para la supervivencia de un grupo de cultivo sospechoso. Este enfoque parece más apropiado para asegurar que el sistema social y político en general, y el sistema penal en particular, se adapten siempre a las necesidades culturales características del país. En contraste, los criterios son improductivos ya que la creencia incondicional en el pluralismo cultural se combina con los criterios de equivalencia cultural y relatividad axiológica. (p. 716)

Por su parte, Rioja (2018), comentando este artículo, señala:

Los constituyentes no han dejado pasar por advertido que la sociedad peruana no está compuesta solamente por la forma de ver y pensar de la capital, sino también ha advertido la existencia de otras sociedades que forman parte del territorio nacional y que al no encontrarse occidentalizados no puede obligárseles a pensar y creer como nosotros vemos el mundo; su idiosincrasia y pensamiento dista mucho del nuestro y se debe a un respeto a quienes son y forman parte del origen del país. Es por ello por lo que se reconoce la posibilidad de que dichos grupos sociales puedan ejercer y hacer efectivo su propio derecho, dentro del ámbito de su jurisdicción territorial, a fin de no afectar ni imponer otro derecho que no sea el propio, producto de su evolución cultural y social. De esta manera, se reconoce el derecho consuetudinario de estos pueblos, sin embargo, no debemos dejar pasar por alto los conflictos que se puedan generar con el derecho occidental regulado por nuestras leyes y tener en cuenta sus valores e idiosincrasia para no afectarlos (p. 2018).

#### **1.3.1.13. Ejecutoria Suprema del 22/09/2000. R. N. N.° 306-2000-Apurimac**

1) Ausencia de culpabilidad por concurrencia del error de comprensión culturalmente condicionado.

El imputado, que aceptó al hermano de la víctima, actuó de acuerdo con una costumbre denominada tapacuscca, que consistía en ofrecer al joven herido a vivir con uno de los imputados para formar una familia. que como agricultores del condado de Huayllati, cometieron un error invencible de entendimiento cultural que elimina la culpa de su comportamiento; Por tanto, su comportamiento no puede ser perseguido ni merecedor de condena, a lo que se aplica el artículo 15 del Código Penal (Ejecutoria Suprema del 22/09/2000. R. N. N.º 306-2000-Apurimac).

2) Operatividad del error culturalmente condicionado en los delitos contra la indemnidad sexual.

Para esclarecer la situación jurídica del imputado, es necesario tomar en cuenta su condición personal como naturalista de la comunidad campesina en las alturas de la ciudad del Cusco, donde es costumbre que los menores de edad sean entregados de sus padres desde el inicio de la pubertad. que el autor mencionado tenía primeras instrucciones, contaba con escasos recursos económicos y no utilizó la violencia contra el agraviado para provocar los hechos, por lo que su comportamiento se adecuó al número de malentendidos de origen cultural previstos en el artículo 15 del Código Penal. en un entorno sociocultural que no ha interiorizado la norma de prohibición que castiga su conducta, así como en la comunidad campesina de Huancabamba, donde mantener una relación con un menor resulta ser una conducta normal y socialmente aceptable adecuada para ordenar su absolución (Ejecutoria Suprema del 17/06/04. Cuzco).

También se cita jurisprudencia a través del Diccionario penal jurisprudencial, como a continuación se detalla:

3) El artículo 15 del Código Penal prevé un error de comprensión relacionado con la cultura que puede aliviar o reducir la responsabilidad penal de las personas que, por su cultura y costumbres, violan el derecho penal. Este error se configura por el desconocimiento del imputado de la inexactitud de su conducta, es decir, su ignorancia de que su conducta es injustificada; dado que dicha obra es obviamente típica, ilegal, pero no falsa, porque el autor no conocía la ilegalidad de los hechos, existen supuestos por los cuales no hay culpa. (R. N. N.º 1037-2004 Amazonas)

4) En esta misma obra, se hace referencia a otra jurisprudencia importante en el que se establece la diferencia entre el error de prohibición con el error de tipo, señalándose lo siguiente:

El defecto de prohibición presupone que la conducta del agente está restringida por una falsa creencia en la ilegalidad del acto; Por otro lado, un error de tipo implica que el agente representa falsamente uno de los elementos descriptivos o normativos del tipo legal, es decir, la adquisición de circunstancias y elementos que permitan conocer la existencia de una amenaza específica de realización del tipo. (R. N. N.º 634-2005-Madre de Dios).

Por su parte, Rojas Vargas (2015) también cita la siguiente jurisprudencia:

5) Error de comprensión culturalmente condicionado requiere de pericia antropológica:

El sustento natural del juicio acusatorio es un error cultural de comprensión, en definitiva, a juicio del antropólogo, cuyas conclusiones se conocerán técnica y científicamente si las acciones y conductas alegadas son llevadas a cabo por el acusador. área conocida. Con base en esto, la falta de trabajo de evidencia es una falta de evidencia y una falta de conocimientos importantes para evitar que las formas violentas entren en la decisión final.

6) Persona con segundo año de primaria y escasa cultura que es declarado exento de responsabilidad penal, en aplicación del artículo 15 del Código Penal.

Del análisis de las pruebas surgidas y de la discusión de la causa oral, que involucra al imputado por delitos contra la fe pública, surge un punto importante en su Libro Electoral, el titular del Colegio Electoral Democrático 1992, Cuadro 076004, cabe señalar, que había votado con éxito en esas elecciones, cuando se alegó que no acudió a las elecciones de Cajatambo, sino que envió a una tercera persona a la ciudad a imprimir su cédula de identidad y pagar algo de dinero en efectivo, una declaración que se repite en sus instrucciones e instrucciones orales. Sin embargo, lo que se requiere es que el acusado sea un estudiante del último año de secundaria, porque su cultura es rara y es posible que no comprenda la naturaleza delictiva de su trabajo, por lo que debe ser liberado. del artículo 15 del Código Penal. (Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Huaura, del 24 de abril del 2007, Exp. N.º 236 – 95).

Con respecto a esta sentencia, surgen algunas observaciones, toda vez que al criterio estaríamos ante un “error de prohibición” propiamente, lo que se corrobora por la escasa formación del procesado en cuestión; sin embargo, situación distinta se presenta en el “error de comprensión culturalmente condicionado”, donde la falta de comprensión del carácter delictuoso de la conducta proviene de la cultura o costumbres que rodean a dicha persona; lo que no permitió introyectar, al menos suficientemente, los valores propios de la sociedad “moderna”.

7) Consideración del ámbito cultural y geográfico y de las disculpas ofrecidas por los ronderos para evaluar el error de comprensión cultural en los delitos de coacción y usurpación de funciones.

Se nota que en el momento del incidente hubo algunos excesos hacia los heridos; Pero hay que tener en cuenta el entorno cultural y

geográfico en el que se desarrollaron y valorar el hecho de que las patrullas campesinas se disculparon por el caso, es decir, no actuaron de forma maliciosa, sino con el fantasma y el Espíritu para mantener unido al grupo. Familia mencionada para que la presentación de los hechos se haga en el contexto de un error cultural condicionado (Ejecutoria Suprema del 22/9/2000, R. N. N.º 306-2000-Apurimac).

Podría en el presente caso admitirse la posibilidad de un “error”, pero definitivamente vencible o evitable, toda vez que estas personas si bien pueden tener dicha costumbre, también es verdad que dada su cercanía a la cultura oficial están en la posibilidad de internalizar qué conducta está permitida y cuál en todo caso se encuentra prohibida.

8) Importancia de la pericia o estimación antropológica para evaluar costumbres ancestrales en persona con influencias culturales diversas.

c) Error de comprensión cultural atenuante

En el presente caso no puede hablarse de un “error” invencible, bajo ninguna circunstancia, tomando en consideración que se trata de una persona que estuvo radicando en la ciudad de Lima desde hace aproximadamente 3 años, procedente de la provincia de Ambo en Huánuco; a lo mucho podría admitirse la posibilidad de una “error” vencible, y ello forzando la figura, debido a que tres años en la ciudad de Lima es más que suficiente para internalizar o introyectar los valores o normas propias de una cultura oficial.

9) Sobre la charlatanería y el chamanismo norteño

“La mera posesión de artículos que probablemente se usarán en sesiones de charlatanería es evidencia suficiente de práctica médica ilegal. Dado que la medicina popular se practica a menudo en las zonas montañosas, se aplica un malentendido condicionado culturalmente a la absolución del acusado”. (Exp. N.º 98-93 Lambayeque).

Finalmente, Chirinos (2014) señala la siguiente jurisprudencia:

10) El Código Penal sanciona a quienes mantienen relaciones sexuales con menores de catorce años.

“El comportamiento del acusado, que es hijo de un asháninka local que, debido a su cultura, no puede interiorizar o comprender por qué la sociedad occidental y cristiana prohíbe las relaciones sexuales con una mujer que ya está menstruando y que puede tener un hijo, merece aplicación. un malentendido culturalmente determinado (...)” Exp. N.º 2456-99 Junín, ISPT20.

En el presente caso podría admitirse un error de comprensión culturalmente condicionado, pero vencible, toda vez que la comunidad ashaninka, ubicada en la selva central, ya tiene un acercamiento bastante marcado con la llamada cultura oficial. En todo caso, será necesario contar con una pericia antropológica, a efecto de subvertir cualquier duda.

#### **1.3.1.14. Comentarios al Acuerdo plenario 1-2009/cj-116**

Jurisdicción etnocultural, que primero proporciona datos censales sobre comunidades campesinas e indígenas y diferentes familias lingüísticas, y luego describe un marco supranacional basado en el Convenio núm. 169 reconocimiento, el Estado peruano tiene la obligación internacional de implementar las medidas necesarias en materia de jurisdicción cultural, analizar el contenido del Acuerdo No. 01-2009, examinar la sentencia en el caso y conocer El artículo 149 del texto constitucional, que la Corte Suprema adopta una interpretación amplia con el objeto de incluir, significa la despenalización para el autor. para acciones de patrullaje para garantizar la justicia.

Concluyó que los órganos judiciales, definitivamente se debe observar garantías básicas, como, por ejemplo, el debido proceso, para que se brinde una tutela en el ejercicio de la jurisdicción etnocultural porque la afectación de

los derechos fundamentales está más allá de la protección del derecho consuetudinario.

En 2007 se elaboró la II lista de comunidades autóctonas, que identificó 1.786 comunidades autóctonas en 11 departamentos geográfica y cartográficamente, así como situaciones personales y vivenciales. Asimismo, se tiene registros de trece agrupaciones lingüísticas, lo que genera una diversidad heterogénea. Aunado a ello, se presenta 60 grupos étnicos en la región, de los cuales, el país cuenta con 51 de estos grupos.

El Acuerdo 1-2009/CJ-116 fija los parámetros para los jueces al momento de sentenciar a los presuntos infractores si son campesinos y/o miembros de comunidades indígenas, en primer lugar: “Si no, se pudiera identificar el patrón de conducta, es conveniente analizar el origen de la justificación, y, lo que es más importante, se centra en el ejercicio legítimo de los derechos (art. 20.8 L.C.) y las presunciones de la citada situación de usurpación. En vista de la propiedad jurídica, ya analizado.

En segundo lugar, cuando la implementación anterior no resulta, sería conveniente, donde se complica por la situación cultural, debido a que la relación procesal es poco uniforme desde la práctica, más aún, cuando, se aplican las características y el alcance de las Reglas y Funciones, algunos aspectos de los cuales pueden ser determinados por el conocimiento de expertos en cultura o antropología”.

El tercero, Sin embargo, si no se puede explicar la inmunidad a la pena de la diversidad cultural, ésta puede tener un dispositivo que la mitigue en mayor o menor medida según las circunstancias específicas en las que se produzca. En cuanto a la justificación (artículo 20.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la naturaleza o ilegalidad de la prohibición (artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o la capacidad de comprender o determinar el carácter delictivo de la infracción (artículo 15 de la Infracción), en el nivel correspondiente, y si el daño no es lo suficientemente grave, se aplican todos los requisitos de configuración necesarios.

Surgiendo dos supuestos, el primero, la reducción de la sanción, conforme a los artículos 14, 15 y 21 de la norma sustantiva. El segundo, por una acción negligente, bajo el primer parrado del art. 14 de la norma penal.

Finalmente, el referido convenio establece: dos actos, la existencia delictiva y la acción propia de responsabilidad, pero en el presente caso, debe tomarse presente a) las costumbres, y b) contexto sociocultural, debido a los pueblos indígenas, originarios y tribales.

Por ello, en el caso estudiado, se determina en forma un poco genérica, que las comunidades campesinas reconocen hoy su especial competencia en la constitución y en los tratados internacionales, pero con las lagunas legales que han surgido en el sistema de justicia penal.

#### **1.3.1.15. Comunidad campesina y nativa bajo la óptica internacionalista**

Convenio de la OIT núm. 169, bajo análisis, destaca los desafíos, pero también la compatibilización de poder aplicar perspectivas transculturales en procedimientos legales y crear opiniones legales contradictorias ya que la ley supuestamente se aplica incorrectamente.

La naturaleza de las disposiciones contenidas en el Convenio 169 es de carácter autoaplicable<sup>1</sup> o programático. No debemos olvidar que las obligaciones del Estado previstas en el artículo 44 de la Constitución garantizan no solo el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, pero también el ejercicio de las garantías de derechos y la promoción de estos, bajo el desarrollo holístico.

En otras palabras, a pesar de ratificar la Convención a nivel internacional, un Estado puede justificarse invocando la flexibilidad y teniendo en cuenta las condiciones de cada Estado en virtud del artículo 34 de la Convención en cuestión. Creemos que una vez que los estados han reconocido esto en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, dichas normas se pueden clasificar como **únicamente aplicables**.

Asimismo, la Corte Constitucional señaló: “Los principales poderes consagrados en nuestra Constitución deben ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales y de derechos humanos ratificados por el Perú y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos relativas a los tratados internacionales. (Los últimos cuatro artículos y un resumen de la Constitución y el apartado V del capítulo intermedio del Código de Reforma Constitucional). Con base en esto, la interpretación de las Autoridades Estatales (o aquellos que operan propiedades-activos) para determinar los principios de los derechos de protección legal debe ser determinada por las disposiciones de los tratados de derechos humanos de interpretación de los tribunales internacionales y nacionales.

Asimismo, señaló que las competencias nacionales estaban interrelacionadas:

“En consecuencia, en este caso la Corte Constitucional solo necesita ratificar su reiterada doctrina, que es vital para la garantía de los derechos fundamentales, ya sea la jurisdicción, el procedimiento administrativo o el juicio político. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los poderes públicos y que esta fuerza vinculante no se agota en su parte operativa, sino que se extiende a la relación decidida, incluso en los casos en los que el Estado peruano no fue parte en el proceso” (Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0007-2007-AI / TC-).

Por tanto, el Estado tiene la obligación internacional no sólo de tomar las medidas necesarias para cumplir los acuerdos y hacer efectivos los derechos reconocidos, sino también de respetar las decisiones de las instituciones a las que ha sido transferido.

### **1.3.2. Marco conceptual**

#### **Sanciones penales**

Gomiz y Salgado (2016) agregan: "El término "sanciones penales" también incluye las medidas de seguridad tomadas durante el juicio (por ejemplo, prisión preventiva), ya que es inconcebible que sean más severas que las penas" (p. 166). Es decir, incluye las medidas de seguridad adoptadas durante el juicio (como la prisión preventiva), ya que no pueden imaginarse más severas que el castigo.

Por otro lado, el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el Estado protege y educa a los niños privados de un medio familiar, prestando especial atención a "la continuidad de la educación del niño y su significado nacional, religioso, cultural y cultural". lingüístico.

#### **Pena de encarcelamiento**

A través de esta medida, la persona será aislada coercitivamente del entorno donde vive y permanecerá en un espacio del establecimiento penitenciario, bajo la vigilancia de los agentes del Estado.

#### **Error cultural**

Hablar del error de comprensión culturalmente condicionado (en adelante, "error") nos lleva necesariamente a pensar en la teoría del delito, la misma que está compuesta de los siguientes elementos: la acción, la tipicidad, antijuricidad, y finalmente, la culpabilidad. Siendo que la acción es analizada dentro de la tipicidad de conformidad con la teoría tripartita del delito. Sin embargo, al abordar el tema del "error" tenemos que referirnos específicamente a la culpabilidad.

## **Pluralismo cultural y jurídico**

Como se pensó originalmente, el pluralismo legal se refiere a los supuestos normados bajo la ley, conforme se tiene en las culturas del mundo. De hecho, el pluralismo legal reconoce que la ley no es solo una ley estatal, sino también el sistema legal habitual de las comunidades o minorías étnicas. Esto es más evidente en el entorno latinoamericano, “donde existen varios sistemas regulatorios al mismo tiempo” (Correas, 2010, p. 67).

### **1.4. Formulación del problema**

¿Cómo la aplicación de sanciones penales distintas al encarcelamiento en caso de condena efectiva a integrantes de los pueblos indígenas y tribales influye en el cumplimiento del art. 10 del convenio N° 169 OIT?

### **1.5. Justificación e importancia**

#### **Práctica**

Se sustenta porque ayuda a determinar sanciones que se puedan aplicar en los encarcelamientos en los casos de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, nos ayudara proteger la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios, así como el daño que se inflige al integrante de estos pueblos al recluirlo en un centro penitenciario.

#### **Teórica**

Se puede afirmar que el estudio de la pena, bajo la punición en nuestro sistema no es tratado desde el pluralismo jurídico, pues existen costumbres y derechos adecuados que imponen diferentes sanciones según la cosmovisión. que no están orientados al castigo en sí, sino a la restauración de la armonía y la paz social.

## **Científica**

Así mismo es necesario debido a que las cárceles están conformadas generalmente de internos y funcionarios de una cultura dominante y diferente a la minoría de los internos pertenecientes al no dominio del castellano.

En esa situación, estas personas ignorantes de las reglas de trato dominante en las relaciones entre internos y funcionarios, e ignorantes también de las reglas institucionales del penal que no toma en cuenta su identidad étnica y cultural, son expuestas a las barreras comunicacionales para reclamar sus derechos o para hacer saber sus intereses ante la administración penitenciaria.

Al mismo tiempo, el desarraigo de un miembro aflige a la comunidad, pues el problema suscitado no solo tiene impacto en el círculo familiar de las personas involucradas, sino también en los integrantes de su comunidad.

Dado que, en el ámbito comunal, al que está vinculado el agente, la idea de justicia se encuentra relacionada a las sanciones reconstituidas o compensatorias, y no a la pena de prisión.

En cambio, en el marco del derecho estatal escrito cuando se comete un delito la responsabilidad no termina con la reparación del daño causado, sino con una sanción penal, y en el caso de otros delitos se aplican otras consecuencias accesorias.

### **1.6. Hipótesis**

Si se aplican sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena efectiva a integrantes de los pueblos indígenas y tribales entonces se cumplirá de manera eficiente el art. 10 del convenio N° 169 OIT, respetando el error de tipo culturalmente condicionado y las características especiales de la persona.

## **1.7. Objetivo**

### **1.7.1. Objetivo general**

Proponer la aplicabilidad de sanciones distintas al encarcelamiento en caso de condena efectiva a integrantes de los pueblos indígenas y tribales como cumplimiento al art. 10 del convenio N° 169 OIT.

### **1.7.2. Objetivos específicos**

1. Fundamentar la existencia de un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales.
2. Diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT.
3. Analizar la aplicación de sanciones distintas al encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales.
4. Elaborar la propuesta práctica que aplique sanciones distintas en caso de condena efectiva a integrantes de pueblos indígenas.

## **II. MATERIAL Y MÉTODO**

### **2.1. Tipo y diseño de la investigación**

#### **2.1.1. Tipo**

El estudio se sustentó en el tipo aplicado "no experimentalmente descriptivo" en el sentido de que la investigación no realiza ni implica manipulación alguna de las variables de investigación.

En un estudio no experimental no se genera ninguna situación, se observan situaciones existentes, aparecen variables que no se pueden manipular, no hay control directo sobre estas variables y no se pueden influir porque ya han ocurrido y sus efectos.

Según criterio de Hernández (2018), el cual hace mención que el modelo de investigación es Mixta, ya que desarrolla aspectos jurisprudenciales y doctrinales los cuales buscarán poder argumentar mejor el trabajo de investigación concerniente al tema de investigación.

#### **2.1.2. Diseño**

##### **a. Diseño no experimental descriptivo**

De igual forma, el presente estudio no es experimental, alegando que un grupo de personas que marcan la diferencia es aceptable, pero que la medicina gratuita no es administrada ni administrada por el investigador, es decir, se hace sin control. diferencias específicas, porque los hechos y hechos han cambiado antes de la investigación.

Suponga que este estudio se enumera como: Descripción: un estudio mixto para describir la secuencia de factores, eventos, individuos, grupos y comunidades asociados con el problema que se analiza (Hernández, 2018).

### **2.2. Población y muestra**

#### **2.2.1. Población**

Hernández & Mendoza (2018) tiene presente la colección uniforme, para ello, se tiene tanto a los sujetos como a los objetos, sin embargo, para el presente trabajo se aplicó el primero.

Entonces, al ser una investigación de origen descriptivo, propositivo, cualitativo, corresponderá revisar la jurisprudencia nacional e internacional y así poder plantear sanciones distintas del encarcelamiento, pero únicamente a las personas que se encuentran bajo de la vinculación indígenas y tribales.

### 2.2.2. Muestra

Hernández (2018) debido al nexo que vincula a la población objeto de análisis, donde es más concreto y directo, es decir, es lo que se toma de la población para estudiarlo.

El cual hace mención del muestreo “no pirobalística intencional”, que tiene por objeto el enfoque más delimitado en la población que nos permita obtener datos o información del encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas y tribales. Los mismos que lo conforman medio centenar, siendo 50 personas.

**Tabla 1**  
**Muestra**

<b>Especialista</b>	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
Jueces penales	5	17%
Fiscales penales	10	33%
Abogados en Derecho Penal	15	50%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** *Elaboración propia.*

### **2.3. Variables y operacionalización**

#### **Variable Independiente**

Sanciones distintas del encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas y tribales.

#### **Variable Dependiente**

Cumplimiento al artículo 10 del convenio 169 de la OIT

#### **Operacionalización**

**Tabla 2**  
**Matriz de operacionalización de variables**

<b>Variables</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Indicadores</b>	<b>Ítem / Instrumento</b>
V. Independiente  Sanciones distintas al encarcelamiento efectivo a miembros de pueblos indígenas y tribales.	Penal de encarcelamiento	Aplicación de la pena de encarcelamiento estatal a integrantes de los pueblos originarios	Análisis de Expedientes y/o aplicación y encuestas
	Motivación de la condena en caso de no preferirse sanción distinta del encarcelamiento	Tipos de sanción distintos del encarcelamiento	
	El error de comprensión culturalmente condicionado	Preferencia de sanciones distintas del encarcelamiento en la jurisdicción estatal	
V. Dependiente	Las comunidades indígenas	El pluralismo cultural y jurídico	
	El Derecho penal del enemigo	Populismo punitivo del juzgador	
Cumplimiento del artículo 10 del convenio 169 de la OIT.	Sociedad, norma y persona	La persona y su relación con el derecho	

## **2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad**

Observación: Esta técnica consiste en observar detenidamente fenómenos, eventos o incidentes, recopilar información y registrarla para su posterior análisis. convertirse en un elemento esencial en cualquier proceso de investigación.

Hernández (2018) señala que, al tratar una jurisprudencia, se basa en un análisis documental, entonces, este análisis pretende tener en cuenta todos los libros y ficciones utilizados para determinar la posible solución al problema basada en documentos (doctrina y jurisprudencia), como en el caso de las sanciones distintas al artículo 169 del Tratado. Convenio de la OIT núm. 10 Artículo 10 encarcelados representantes de pueblos indígenas y tribales.

Trabajo de gabinete: Sigue a la fase de investigación inicial y preliminar, que consiste en obtener materiales y documentos de otras personas o fenómenos naturales, utilizar información oral o visual y someter a los pueblos indígenas y tribales a sanciones no privativas de libertad. Personas cubiertas por el Convenio de la OIT No. 169 10. pantalones.

## **2.5. Procedimiento de análisis de datos**

Los documentos recopilados se analizan y clasifican a través de una tabla, por lo que los resultados finales se pueden presentar de una manera conveniente de leer. El análisis fue bajo un proceso mental, donde los aspectos cognitivos surgieron porque el texto debía completar la traducción y analizar la información contenida en el texto, seguida de su estructura. En estos artículos tenemos un archivo que se presentó a partir de la promoción de la encuesta (Hernández, 2018).

## **2.6. Criterios éticos**

### **a. Dignidad Humana:**

Se tiene presente el fundamento máximo del art. 1 de la Const. y bajo la investigación el Informe Belmont, donde la persona es el centro de estudio bajo las leyes, no pudiendo ser tratado como objeto.

### **b. Consentimiento informado**

En donde la persona a encuestar deberá mostrar conformidad, tanto de su participación como de las respuestas objetivas a responder sobre el tema.

### **c. Información**

Los datos deberán ser plasmados en forma cierta y veraz, donde tiene un estudio vinculante a las alternativas del encarcelamiento y bajo los sistemas internacionales, como el artículo 10 del convenio 169 de la OIT.

### **d. Voluntariedad**

Donde no existe vicio o presión para generar una participación de la persona para obtener una autorización expresa.

### **e. Beneficencia:**

La muestra permitirá tener datos que serán en beneficio de un grupo de personas, lo que genera un estudio que refuerza una situación de legalidad y que tiene impacto positivo en los pueblos indígenas y tribales.

### **f. Justicia:**

La actuación activa de la investigación genera espacios de dialogo y reflexión centrada en la persona como pasible de sanción con especial tratamiento por su condición de miembros de pueblos indígenas y tribales, y su punición penal frente a dar un trato diferenciado en cumplimiento al artículo 10 del convenio 169 de la OIT.

## **2.7. Criterios de Rigor científico**

### **a. Fiabilidad**

La presente acción estudiantil de datos cuenta con una cuestión de veracidad, lo que genera que contenga una fiabilidad bajo la aprobación de prueba estadística y acorde a la prueba piloto.

### **b. Validez y Confiabilidad**

Se realizó un análisis documental en profundidad para establecer la validez, con sustento legal y doctrinal para todas las fuentes de información del apartado "Referencias".

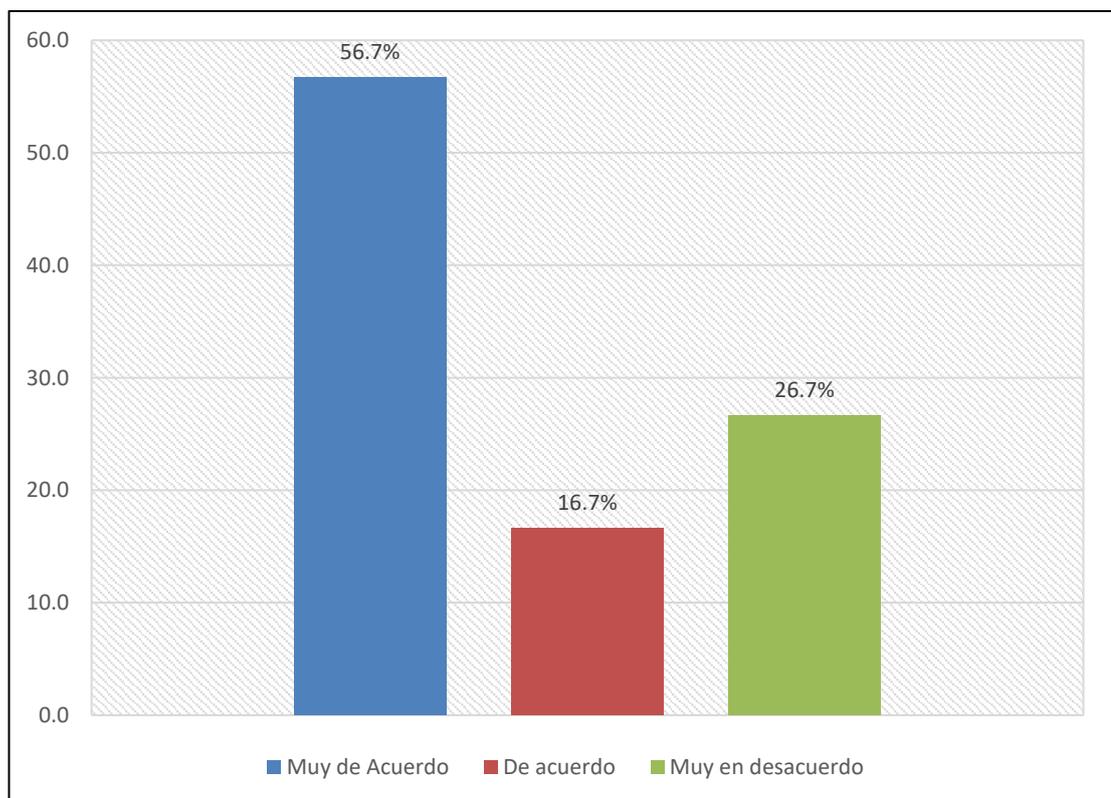
### III. RESULTADOS

#### 3.1. Resultados en tablas y figuras

Formulación de la pregunta N° 01: ¿Considera usted se deba proponer la aplicación de sanciones distintas del encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales?

**Figura 1.**

*Sanción distinta del encarcelamiento en caso de condena efectiva*



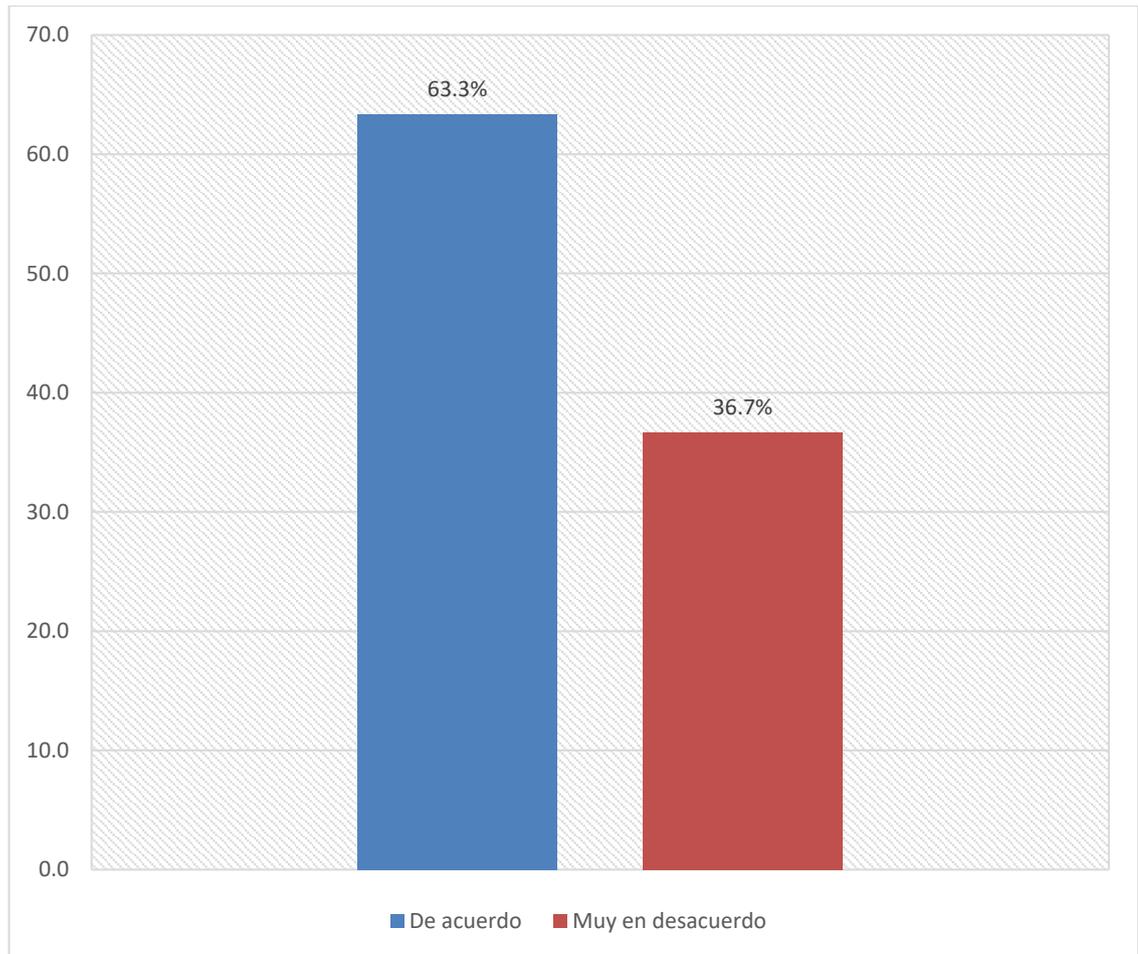
**Fuente:** *Elaboración propia.*

*Nota:* La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que se encuentran muy de acuerdo con el 56.7% a que se deba Proponer la aplicación de sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales, así mismo están de acuerdo 16.7% y por otra parte se encuentra muy en desacuerdo 26.7%.

Formulación de la pregunta N° 02: ¿Cree usted se deba fundamentar si existe un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales?

**Figura 2.**

*Trato desigual en el encarcelamiento en pueblos indígenas y tribales*



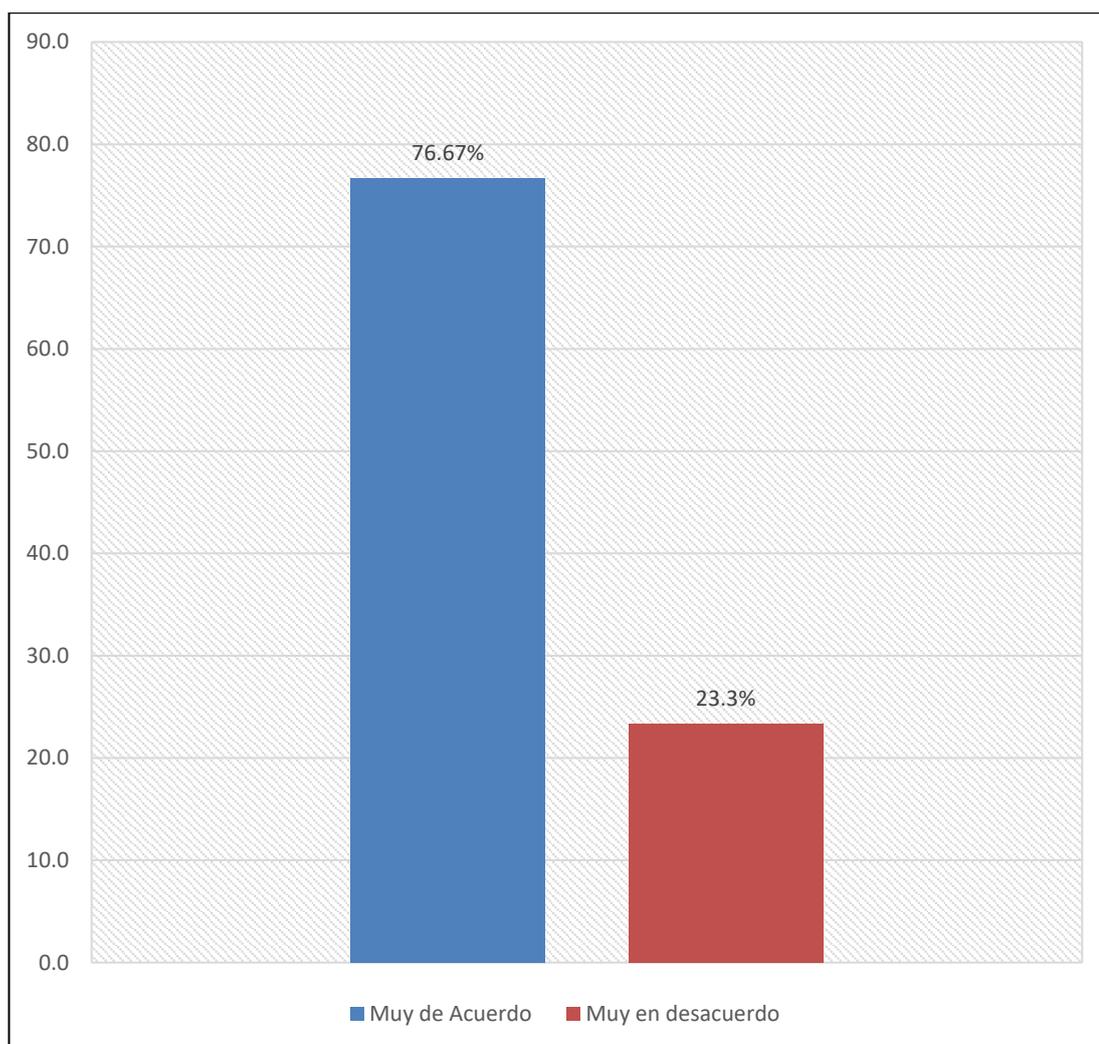
**Fuente:** *Elaboración propia.*

**Nota:** La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que están de acuerdo con el 63.3% a que se deba fundamentar si existe un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales y por otra parte está muy en desacuerdo 36.7%.

Formulación de la pregunta N° 03: ¿Considera usted se tenga que equiparar el trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales?

**Figura 3.**

*Equiparación del trato desigual en el sistema punitivo penal*



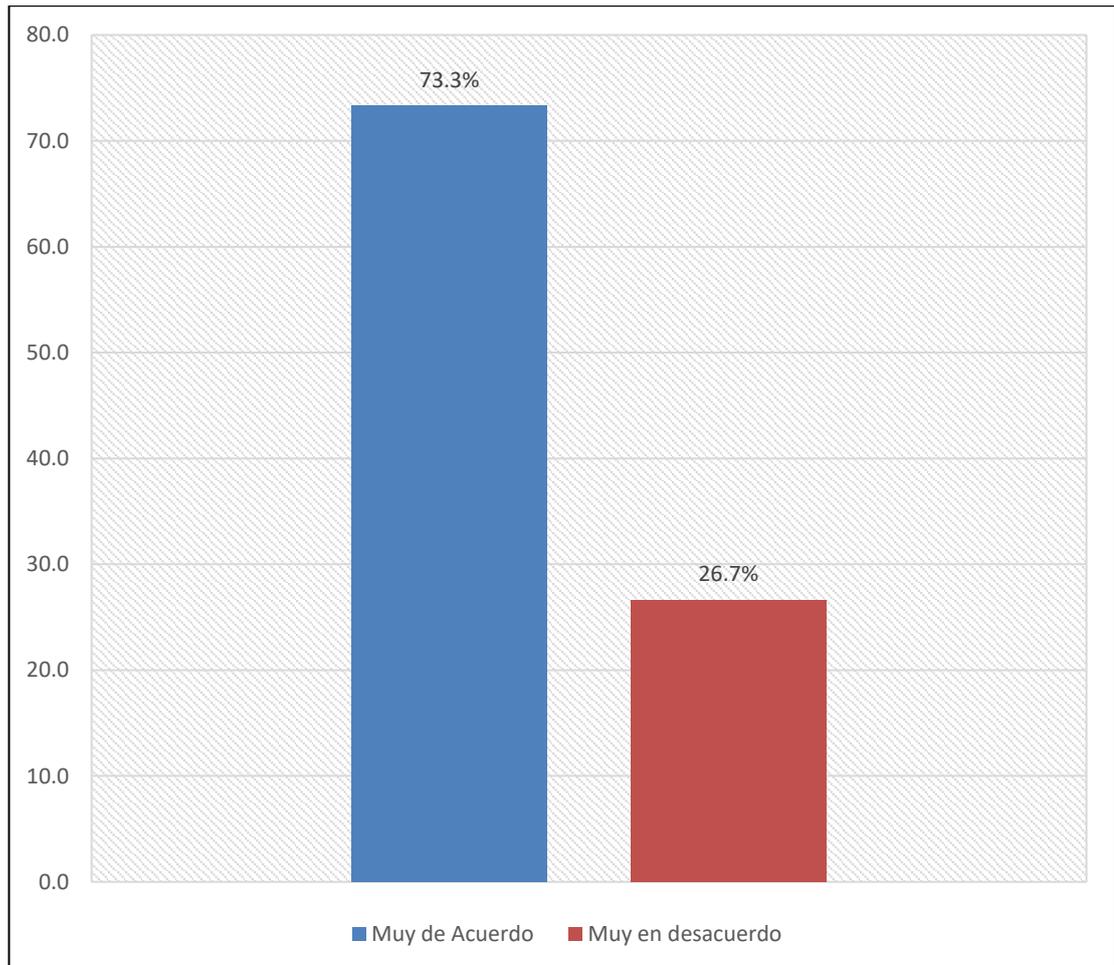
**Fuente:** *Elaboración propia.*

**Nota:** La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que estar muy de acuerdo 76.7% que se tenga que equiparar el trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales, así mismo el 23.3% están De acuerdo.

Formulación de la pregunta N° 04: ¿Cree usted se deba diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT?

**Figura 4.**

*Diagnóstico del cumplimiento del art. 10 del Convenio 168 de la OIT*



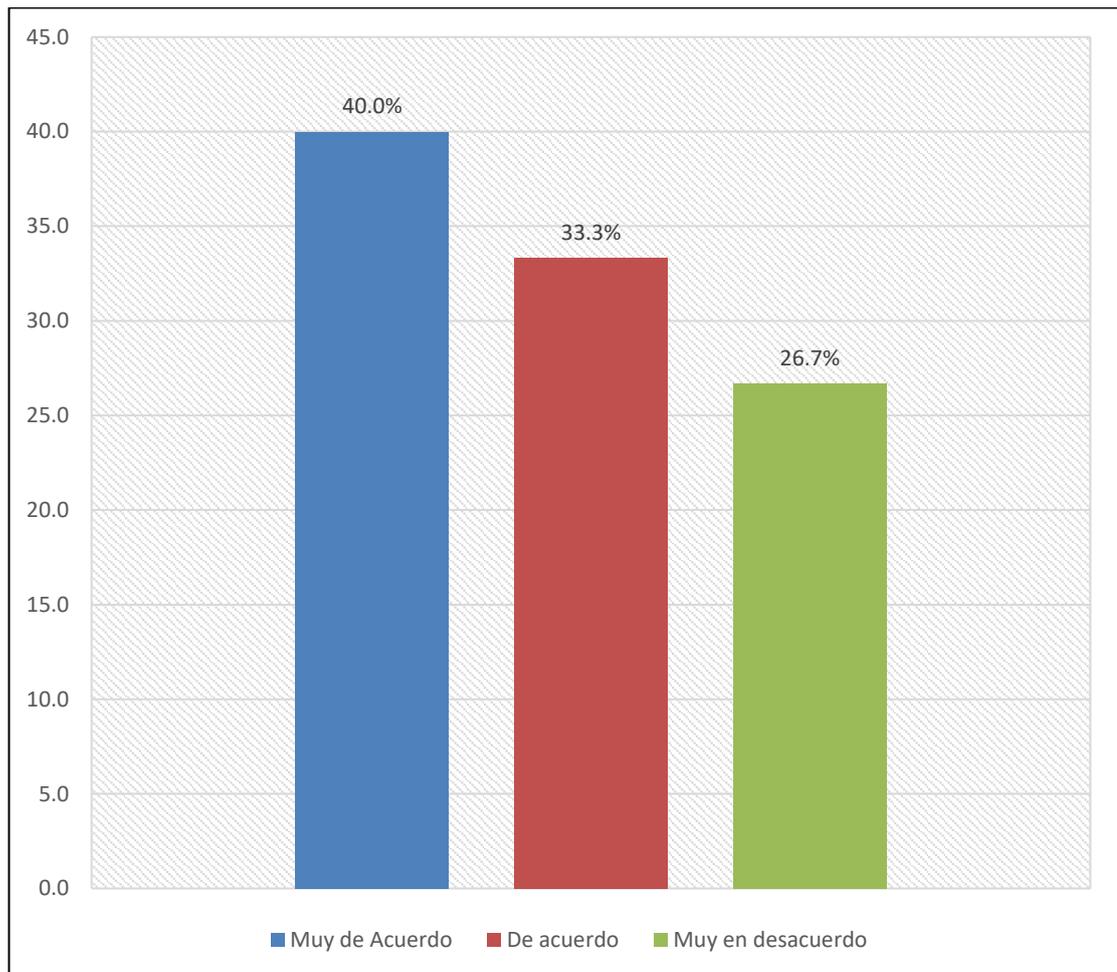
**Fuente:** *Elaboración propia.*

**Nota:** La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que están muy de acuerdo 73.3% a que se deba diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT y por otra parte se encuentran muy en desacuerdo 26.7%.

Formulación de la pregunta N° 05: ¿Cree usted que los pueblos indígenas y tribales presentan desconocimientos de las normas en mención?

**Figura 5.**

*Situación de desconocimiento de normas internacionales por indígenas y tribales*



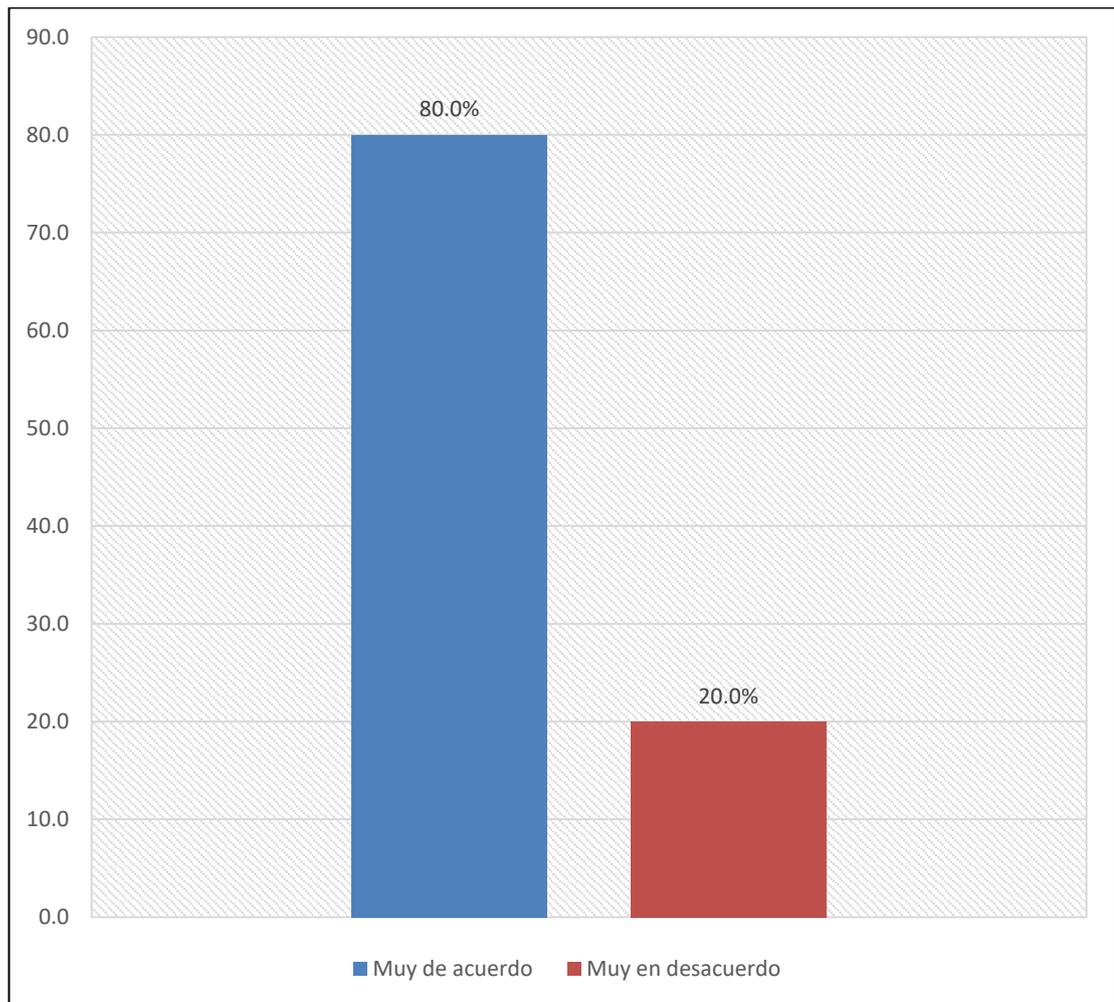
**Fuente:** *Elaboración propia.*

*Nota:* La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que se encuentran muy de acuerdo 40.0% que los pueblos indígenas y tribales presentan desconocimientos de las normas en mención, así mismo están de acuerdo 33.3% y el 26.7 están muy en desacuerdo.

Formulación de la pregunta N° 06: ¿Considera usted que la privación de libertad no constituye de manera general una alternativa adecuada en el sistema penal indígena?

**Figura 6.**

*La no privación de libertad como alternativa penal indígena*



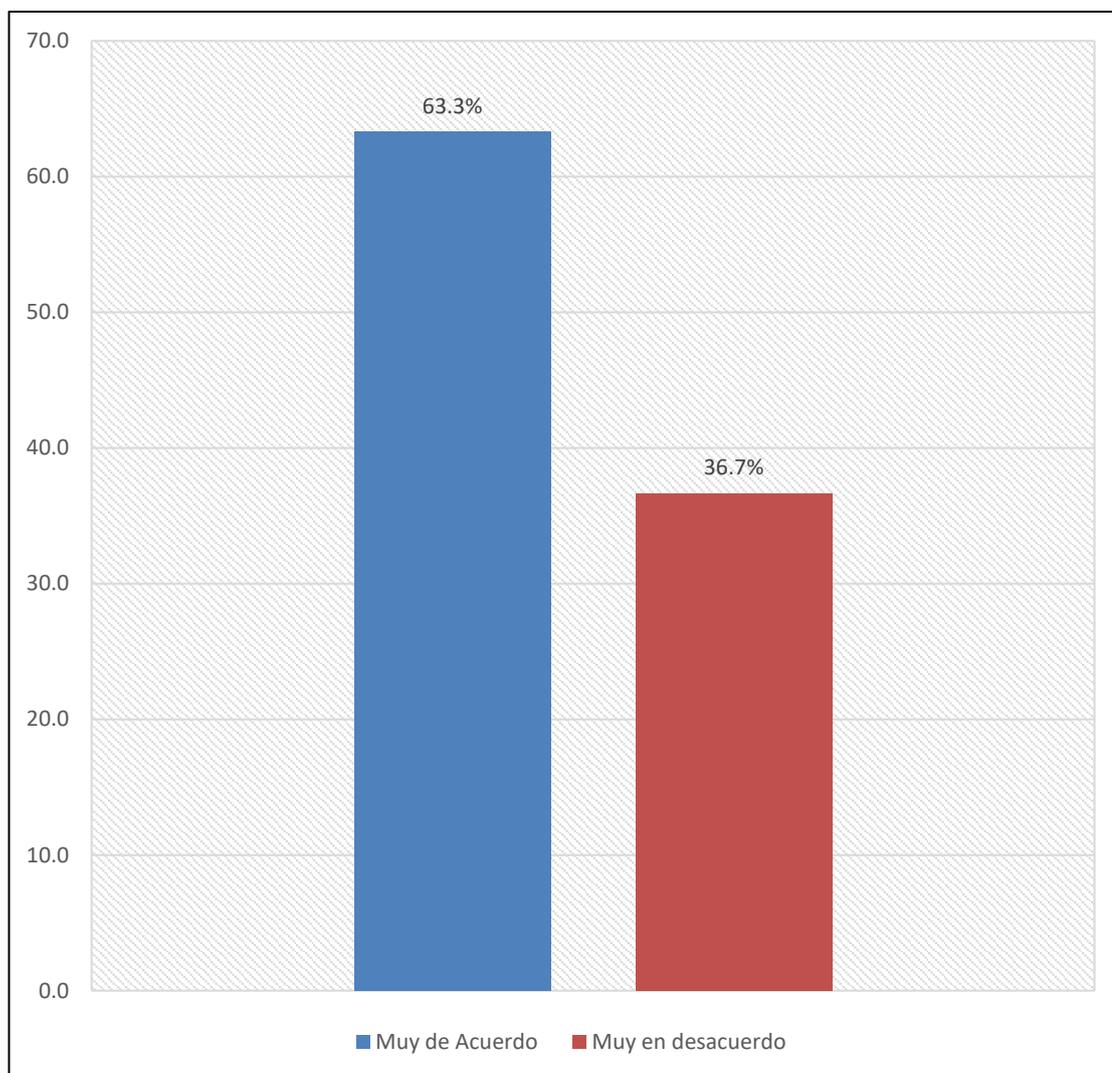
**Fuente:** *Elaboración propia.*

**Nota:** La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que están muy de acuerdo con el 80.0% que la privación de libertad no constituye de manera general una alternativa adecuada en el sistema penal indígena y por otra parte muy en desacuerdo 20.0%.

Formulación de la pregunta N° 07: ¿Cree usted que el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT presenta vacíos legales?

**Figura 7.**

*Tiene vicios legales el art. 10 del Convenio 169 de la OIT*



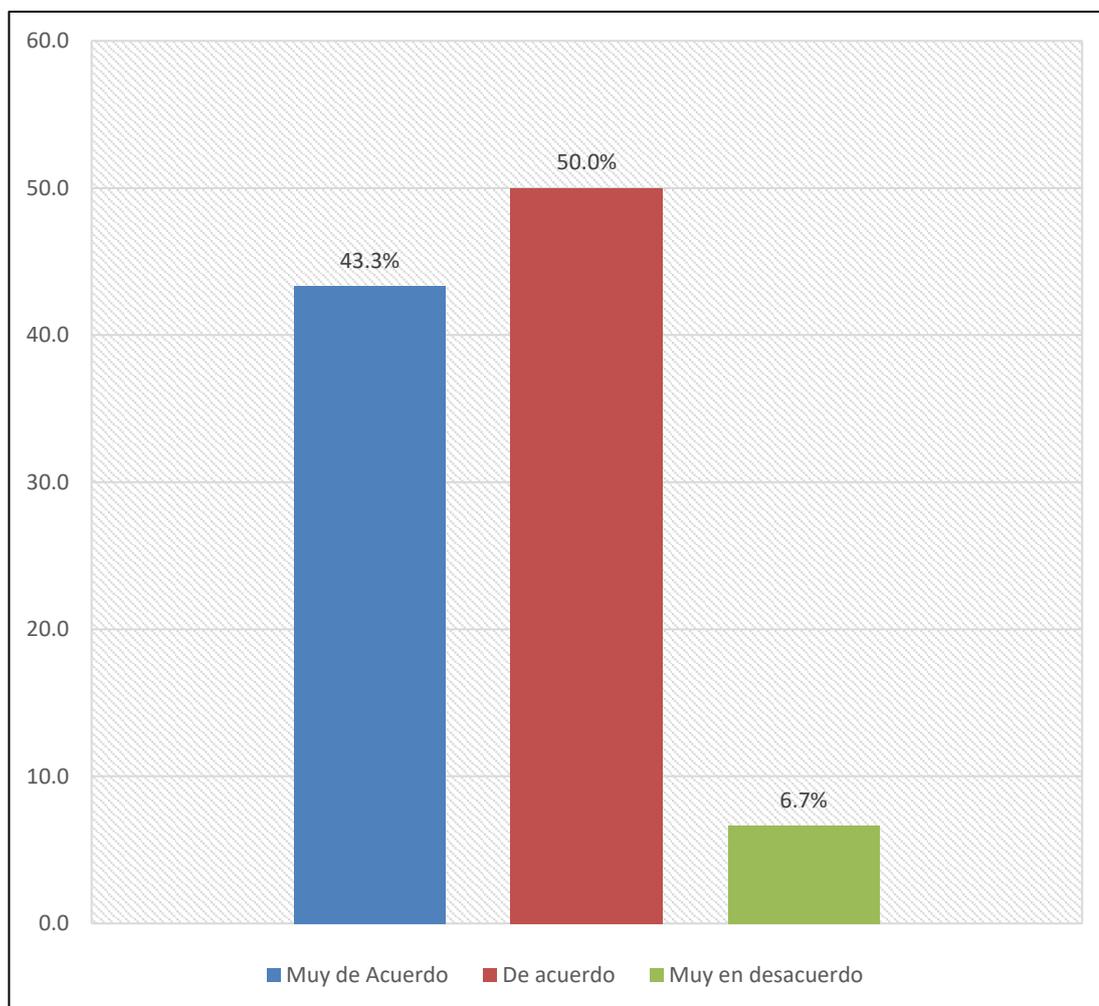
**Fuente:** *Elaboración propia.*

*Nota:* La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que están muy de acuerdo con el 63.3% que el artículo 10 del convenio 169 de la OIT presenta vacíos legales, así mismo por otra parte están muy en desacuerdo 36.7%.

Formulación de la pregunta N° 08: ¿Está usted de acuerdo con la responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios?

**Figura 8.**

*Responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios*



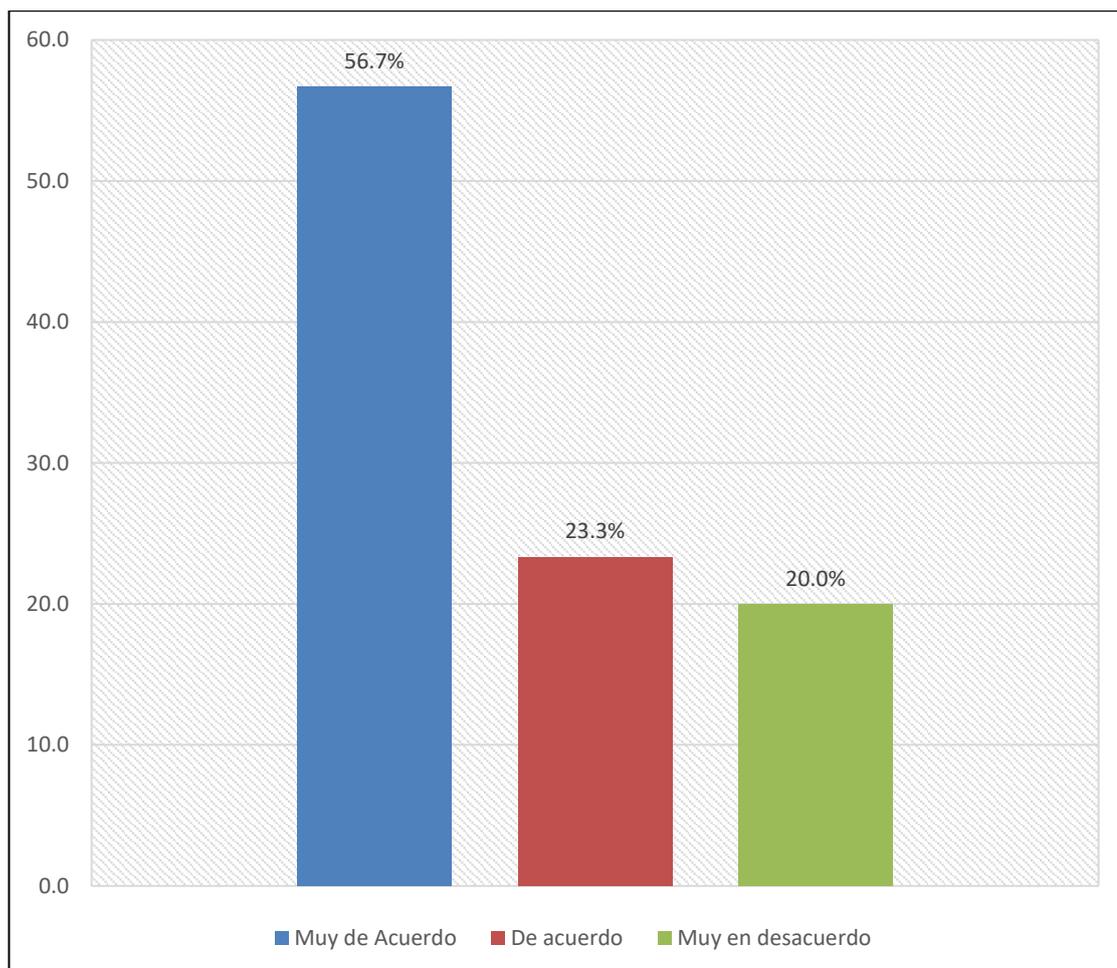
**Fuente:** *Elaboración propia.*

*Nota:* La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que están muy de acuerdo con el 43.3% con la responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios, de igual manera el 50.0 están De acuerdo, pero por otra parte están muy en desacuerdo 6.7%

Formulación de la pregunta N° 09: ¿Cree usted que los hechos atípicos en el seno consuetudinario de la comunidad deban ser punibles en el ámbito externo?

**Figura 9.**

*Hechos atípicos en el seno consuetudinario en el ámbito externo*



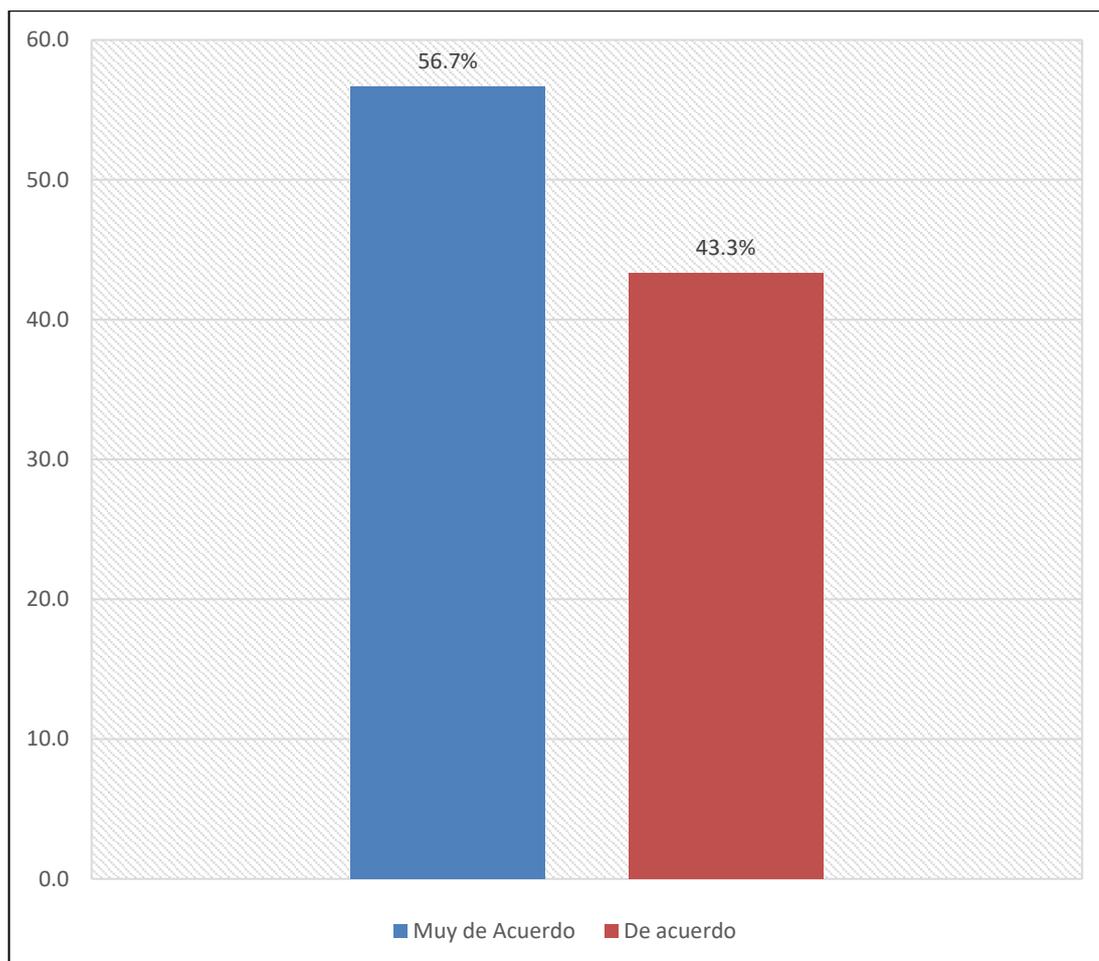
**Fuente:** *Elaboración propia.*

**Nota:** La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que se encuentran muy de acuerdo con el 56.7% que los hechos atípicos en el seno consuetudinario de la comunidad deban ser punibles en el ámbito externo, de igual forma está de acuerdo con el 23.3% y por el otro lado se encuentran muy en desacuerdo 20.0%

Formulación de la pregunta N° 10: ¿Cree usted se deba preferir una sanción distinta o alternativa al encarcelamiento?

**Figura 10.**

*Debe existir sanción distinta o alternativa al encarcelamiento pueblos indígenas y tribales*



**Fuente:** *Elaboración propia.*

*Nota:* La cantidad muestral evidencia en forma objetiva y directa que están muy de acuerdo con el 56.7% a que se deba preferir una sanción distinta o alternativa al encarcelamiento y de la misma manera el 43.3% están muy de acuerdo.

### **3.2. Discusión de resultados**

En esta parte, se puede discutir que es importante diseñar sanciones distintas del encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas, así como se puede señalar en la figura 1, se encuentran muy de acuerdo con el 56.7% a que se deba Proponer la aplicación de sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales, así mismo están de acuerdo 16.7% y por otra parte se encuentra muy en desacuerdo 26.7%.

Así mismo se tiene en cuenta lo establecido por Hevia (2008), que llega a determinar que el Convenio N° 169 reconoce, a los efectos de su aplicación, una visión amplia de los problemas indígenas que no se basa en soluciones como la homogeneización social y cultural, sino que promueve el desarrollo en condiciones de igualdad entre los pueblos indígenas y el resto de la comunidad a nivel nacional es por ende determinar sanciones distintas a los miembros de los pueblos indígenas.

Como se puede analizar los datos obtenidos por medio de la encuesta y lo investigado por Hevia se puede determinar que en los supuestos que se determina, en ocasiones el Estado, a través de sus jueces o magistrados, prescinde del enfoque de la interculturalidad para determinar la sanción penal y deja de lado la temática de la identidad étnica y cultural del sujeto perteneciente a un sistema cultural diferente, entonces se puede determinar que esto puede afectar de manera exponencial.

Es determinante señalar las tribales al cumplimiento del artículo 10 del convenio 169 de la OIT, así como se señala en la figura 10, están muy de acuerdo con el 56.7% a que se deba preferir una sanción distinta o alternativa al encarcelamiento y de la misma manera el 43.3% están muy de acuerdo. Resaltando lo analizado y establecido por Soto (2014), llega a señalar que la experiencia cultural como evidencia en los procesos penales que involucran a personas de origen indígena permite un mejor acceso, ya que, dentro de las

comunidades, hay cambios culturales, confrontaciones y perspectivas que también deben tenerse en cuenta al examinar la relación entre la ley y la cultura y la aplicación de la experiencia cultural, de esta manera se podrá proteger los derechos de las personas.

Mediante los contrastados por los resultados obtenidos y por lo investigado por Soto se puede interpretar que en consideración la índole de los problemas planteados, sin respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos andinos y amazónicos, vaciando de contenido los mecanismos de consulta previa en el ámbito administrativo, ya que mediante esto se podrá establecer un pluralismo jurídico.

Cabe resaltar correctamente que es fundamental determinar si existe un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas ya que se llega a señalar en la figura 2, están de acuerdo con el 63.3% a que se deba fundamentar si existe un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales y por otra parte está muy en desacuerdo 36.7%.

Resulta importante analizar lo investigado por Domínguez (2011), donde llega a señalar que el sistema legal de los pueblos indígenas es un sistema con su propia estructura que ha sido construido a lo largo de los siglos por varias comunidades lingüísticas, lo cual se llega a confirmar que el principal problema que enfrentan las autoridades estatales es el incumplimiento de las disposiciones de la Ley Indígena No. 6172 y ante los actuales tratados que se generan internacionalmente.

Es importante analizar los datos obtenidos y los investigado por Domínguez ya que llega a establecer que la propia comunidad la que encomiende el caso a la autoridad estatal; por ejemplo: cuando el agente es reincidente o no obedece a la comunidad, cuando la infracción resulte grave o simplemente la comunidad considere que las autoridades externas son las que tienen mejores condiciones para el juzgamiento.

Mediante la aplicación de distintas sanciones ante los asuntos de personas condenadas e integrantes de los pueblos indígenas la figura 9, se encuentran muy de acuerdo con el 56.7% que los hechos atípicos en el seno consuetudinario de la comunidad deban ser punibles en el ámbito externo, de igual forma está de acuerdo con el 23.3% y por el otro lado se encuentran muy en desacuerdo 20.0%

Al interpretar lo señalado e investigado por Mohr (2012), llega a señalar que en la década de 1990 y como parte de una tendencia mundial y regional, Chile alentó una política destinada a reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas que viven en el interior. Esto se reflejó en la adopción de la ley indígena, la reciente ratificación del Convenio 169 de la OIT y los numerosos proyectos de ley sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos sin que se encuentren vulnerados.

Es importante realizar un correcto análisis a los concepto establecido ya que mediante lo investigado por Mohr se puede determinar que conforme a nuestra legislación vigente, las personas asumirán la pena de encarcelamiento en los siguientes casos: cuando normalmente la sanción impuesta sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; cuando, aunque la pena privativa de libertad sea inferior a cuatro años, a criterio debidamente motivado del juzgador, entonces para las personas indígenas es importante sanciones distintas del encarcelamiento.

Como se puede mostrar correctamente los datos obtenidos por medio de la encuesta, en la figura 3, evidencia que están muy de acuerdo 76.7% que se tenga que equiparar el trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales, así mismo el 23.3% están De acuerdo.

Resulta importante analizar lo investigado por Guamán (2015), ya que se llega a identificar que la decisión del Tribunal Constitucional en La Cocha II destaca la ineficacia de la garantía constitucional. De hecho, el análisis de los elementos procesales (conflicto interno) de la jurisdicción ancestral, los

propósitos de sus sanciones y sus características específicas no se han entendido o examinado completamente a favor de las personas indígenas.

Con base en las personas entrevistadas por Guzmán (2017) y los datos de la encuesta, se puede indicar que los jueces deberían preferir la aplicación de castigos alternativos o alternativos a las penas de prisión, como multas y restricciones de derechos bajo el Convenio 169 de la OIT para los miembros en preferencia a las comunidades agrícolas, comunidades indígenas y círculos campesinos.

Como se llega a mostrar la eficacia de la encuesta aplicada para la investigación se llega a mostrar en la figura 8, indicaron que están muy de acuerdo con el 43.3% con la responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios, de igual manera el 50.0 están De acuerdo, pero por otra parte están muy en desacuerdo 6.7%

Detallando y resaltando lo investigado por Paredes (2015), llega a determinar que el legislador no ha considerado las costumbres indígenas como un instituto competente para regular los efectos del comportamiento legal de los miembros indígenas de nuestra sociedad. Los textos normativos anteriores relacionados con asuntos indígenas solo trataban temas relacionados con disputas legales sobre el área, posesión y posesión de tierras, es por ende que es importante resaltar las sanciones que se aplica a las personas indígenas.

Es importante realizar un correcto análisis de los datos obtenidos y por lo investigado por Paredes llegando a interpretar que el derecho a obtener sanciones alternativas a la privativa de libertad efectiva, del que son titulares los miembros de los pueblos indígenas, no significa privilegiar a estos en los procesos judiciales, sino garantizar sus derechos fundamentales, y obliga a las autoridades a observar las directrices impuestas.

Es importante señalar la gran importancia de los resultados obtenidos, así como se muestran en la figura 4, evidencia que están muy de acuerdo 73.3%

a que se deba diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT y por otra parte se encuentran muy en desacuerdo 26.7%.

Es importante realizar el hincapié lo investigado por Bernal (2017), ya que se ha podido analizar que a pesar de la existencia de leyes en México que reconocen el uso y la costumbre de la justicia, el estado rechaza estas prácticas como incompatibles con el sistema económico global. Para lo que se considera una investigación sobre la ratificación de casos y procedimientos aborígenes para analizar los efectos de la mediación que pueda afectar exponencialmente a los pobladores indígenas.

Así mismo por medio de lo investigado por Bernal (2018) y lo obtenido de la encuesta se puede indicar que el “error” podrá ser vencible o evitable en aquellos casos donde las personas, que forman parte de estas poblaciones alejadas, hayan tenido la ocasión de poder interrelacionarse con aquellas sociedades que han establecido reglas, normas o parámetros de conducta. Como se ha podido interpretar mediante la figura 7, están muy de acuerdo con el 63.3% que el artículo 10 del convenio 169 de la OIT presenta vacíos legales, así mismo por otra parte están muy en desacuerdo 36.7%.

Tomando en cuenta lo investigado por Figueroa (2018), llega a señalar que, para muchos pueblos indígenas, esto ha resultado en la pérdida progresiva de tierras, el colapso de las economías de la Comunidad, la pérdida de derechos y representatividad y la marginación de los procesos políticos, entre otras cosas, situaciones que han llevado a conflictos en las relaciones interétnicas en las que son las culturas dominantes.

Analizando la investigación de Figueroa y la información obtenida de ella, se puede señalar que el Estado se enfrenta al desafío de abordar este pluralismo cultural y jurídico para garantizar el derecho a la autonomía normativa de determinadas comunidades indígenas o indígenas y al mismo tiempo

garantizar los derechos fundamentales para proteger a todos los ciudadanos indígenas.

Como se puede demostrar los datos obtenidos en la figura 5, se encuentran muy de acuerdo 40.0% que los pueblos indígenas y tribales presentan desconocimientos de las normas en mención, así mismo están de acuerdo 33.3% y el 26.7 están muy en desacuerdo.

Analizando lo investigado por Kuji (2015), donde llega a identificar que los censos realizados en el país, se puede ver que la población indígena del Perú representa el 40% del total de la población peruana. Loreto es uno de los departamentos que reúne la mayor diversidad de pueblos indígenas que fueron afectados por las sanciones drásticas en contra de su persona.

Al mencionar lo investigado por Kuji (2015) y los resultados de la investigación, se llega a indicar que Los ciudadanos o sus delegados son responsables de dar forma a la sociedad de una forma u otra; Sin embargo, las personas pueden compartir dicha configuración como si no estuvieran de acuerdo con ella. Este es un fenómeno natural de una sociedad pluralista que se manifiesta en la realidad de la población.

Como se puede observar los datos obtenidos y detallados en la figura 6, están muy de acuerdo con el 80.0% que la privación de libertad no constituye de manera general una alternativa adecuada en el sistema penal indígena y por otra parte muy en desacuerdo 20.0%.

Rescatando lo investigado por Valdivia (2017), señala que el Convenio N°. 169 de la OIT señala que este tratado también tiene como objetivo garantizar que los pueblos indígenas puedan decidir su proceso de desarrollo cuando ocurra un evento que pueda afectar su vida, creencias, instituciones o el área donde viven, y, por lo tanto, uno de los posibles eventos como la marginación o una incongruente discriminación.

Sin embargo, es importante concluir que la norma crea un patrón que proporciona un orden unificado de diversidad que ocurre en cualquier sociedad pluralista. La norma jurídica se basa en la interacción social que determina qué está prohibido y qué está permitido (adecuación social) a medida que la legislatura acepta estas interpretaciones.

### **3.3. Aporte práctico**

#### **3.3.1. Fundamentación del aporte práctico**

La investigación aborda el derecho a que se prefiera la aplicación de penas distintas del encarcelamiento cuando los miembros de pueblos originarios sean condenados por la jurisdicción penal ordinaria. Para tal fin, analiza el art. 10 del Convenio N° 169 OIT, convenio ratificado por el Perú. Asimismo, ilustra la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios, así como el daño que se inflige al integrante de estos pueblos al recluirlo en un centro penitenciario.

En función a ello se tiene en cuenta que la República del Perú ratificó el Convenio N° 169 OIT el 2 de febrero de 1994, el cual entró en vigor el 2 de febrero de 1995. Este documento, junto a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es uno de los instrumentos de observancia obligatoria para la jurisdicción ordinaria en materia de aplicación del ordenamiento jurídico estatal a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales.

Asimismo, según el Convenio N.º 169 OIT cuando se establezca la responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios que han sido expuestos por diversas razones a la justicia penal ordinaria, deberá darse preferencia a sanciones distintas de la privativa de libertad de carácter efectivo. A continuación, abordaremos algunas nociones respecto a la preferencia de sanciones distintas del encarcelamiento, tomando como punto de partida el art. 10 del Convenio N° 169 OIT.

Es por ello por lo que se someterán a la justicia ordinaria algunos hechos ocurridos en las relaciones internas de la comunidad que, aunque alcancen doble incriminación según el derecho estatal y derecho consuetudinario, no puedan ser de conocimiento de la jurisdicción comunal por diferentes razones. Por ejemplo, en el caso del comunero que perpetra el delito de tráfico ilícito de drogas, el delito de terrorismo, o el comunero que se vincula al lavado de activos o al crimen organizado, etcétera. En estos casos, necesariamente el sujeto activo será procesado bajo las reglas estatales. También, en otras ocasiones, será la propia comunidad la que encomiende el caso a la autoridad estatal; por ejemplo: cuando el agente es reincidente o no obedece a la comunidad, cuando la infracción resulte grave o simplemente la comunidad considere que las autoridades externas son las que tienen mejores condiciones para el juzgamiento.

De igual forma en los supuestos que se determina, en ocasiones el Estado, a través de sus jueces o magistrados, prescinde del enfoque de la interculturalidad para determinar la sanción penal y deja de lado la temática de la identidad étnica y cultural del sujeto perteneciente a un sistema cultural diferente; esto ocurre pese a que, en realidad, el mandato constitucional establece que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Sin embargo en la ciudad de Lambayeque existen diferentes comunidades o personas de pueblos originarios, donde se establece que las penas alternativas no necesariamente deberán ser las descritas en el régimen ordinario, sino también aquellas asumidas por la comunidad de donde proviene el agente; de esta manera, la ejecución de la pena se podría delegar a la autoridad comunal, con cargo a que informe periódicamente o cuando sea requerido por el juez de ejecución o por las autoridades penitenciarias.

Puesto que el derecho a aplicarse será exclusivamente estatal, bajo este marco, al hallar responsable penalmente a un ciudadano campesino o nativo mediante un juicio previo, la autoridad está en la obligación de determinar la

pena teniendo en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Asimismo, la pena a aplicarse deberá ser distinta a la pena privativa de libertad efectiva; en ese sentido, corresponde optar, según la legislación, por alternativas como la reserva del fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, etc.

### **3.3.2. Construcción del aporte practico**

**Proyecto de Ley N° .....**

**PROPUESTA LEGISLATIVA QUE MODIFICA  
EL ART. 15 DEL CODIGO PENAL PARA  
INCORPORAR SANCIONES DISTINTAS DE  
ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS DE  
PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES**

La ciudadana peruana, Cancino Vallejos Sandra Yanira, bajo el ejercicio del artículo N. ° 107 de la Constitución, presenta la siguiente propuesta legislativa

**FÓRMULA LEGAL**

**LEY QUE MODIFICA EL ART. 15 DEL CODIGO PENAL EN FUNCION A LA  
INCORPORACIÓN DE SANCIONES DISTINTAS DE ENCARCELAMIENTO  
A MIEMBROS DE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES**

**Artículo 1.- Objeto**

Modificar el art. 15 del código penal, error de comprensión culturalmente condicionado, en función a la incorporación de sanciones distintas de encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas y tribales, en los términos siguientes:

**Modificación**

Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo

con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

**En los casos de identificarse vulneración de derechos constitucionales de acuerdo a lo señalado por el artículo 149 de la constitución política, se dará preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, cumpliendo lo estipulado por el artículo 10 del convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT).**

(...).

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

Primera:

La presente ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación. Comuníquese al Señor presidente de la República para su promulgación.

## **CONCLUSIONES DE LA PROPUESTA**

Bajo el estudio del art.15 CP, se identifica la vulneración de derechos constitucionales de acuerdo con lo señalado por el art. 149 de la Constitución, en donde se dará preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, tomando en consideración que cuando se comete un delito la responsabilidad no termina con la reparación del daño causado, sino con una sanción penal, y en el caso de otros delitos se aplican otras consecuencias accesorias.

## **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La actual propuesta conforme se evidencia, no ocasionara gasto directo ni indirecto para los fondos del Estado, por el contrario, busca proteger la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios, así como el daño que se inflige al integrante de estos pueblos al recluirlo en un centro penitenciario.

## **IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **CONCLUSIONES**

1. Al aplicar sanciones distintas de encarcelamiento se ha tomado en cuenta lo mencionado por el art. 10 del convenio N.º 169 de la OIT, haciendo referencia que se debe considerar sus características económicas, sociales y culturales en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales, con la finalidad de respetar error de tipo culturalmente condicionado y proteger la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios.
2. En el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales se ha podido fundamentar que se presenta un trato desigual, debido a que sus costumbres y derecho propio establecen sanciones distintas conforme a su cosmovisión, la cual no se orienta hacia el castigo propiamente dicho, sino hacia el restablecimiento de la armonía y la paz social, es por ello que se propone aplicar sanciones distintas de encarcelamiento.
3. De acuerdo con lo que estipula el art. 10 del convenio N.º 169 de la OIT, se analiza que, en las sanciones penales previstas por la legislación general, ya sean sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, se debe tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, así como también dar la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.
4. Actualmente se puede llegar a determinar que no se cumple lo prescrito por el art. 10 del convenio N.º 169 OIT, debido a que hubo casos en donde los integrantes de los pueblos indígenas y tribales no han sido sentenciados correctamente, generando así un hecho ilícito de afectación a su comunidad, la pluralidad étnica y cultural

de la Nación, pues pese al conocimiento del entorno cultural diferente del procesado, todavía se descuida el uso de sanciones penales distintas a la pena privativa de libertad efectiva.

5. La propuesta normativa ha modificado el art. 15 del código penal para llegar a incorporar sanciones distintas de encarcelamiento a miembros de pueblos indígenas y tribales, tal y como hace mención el artículo 10 del convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo, con la finalidad de aplicar penas alternativas idóneas a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito.

## RECOMENDACIONES

1. En el caso de cometer un delito por alguno de los miembros de pueblos indígenas o tribales, se deben tomar en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, así como el derecho consuetudinario.
2. Al aplicar sanciones a los pueblos indígenas o tribales, no se deben vulnerar la pluralidad étnica y cultural de la Nación, sino debe tenerse presente una forma alternativa en forma preferente para la aplicación de normas penales con relación a la punición.
3. Se debe generar una protección a la incompatibilidad entre la pena de encarcelamiento y la idea de justicia de los pueblos originarios, así como el daño que se inflige al integrante de estos pueblos al recluirlo en un centro penitenciario.
4. Se establece la forma normativa para los operadores jurídicos al momento de aplicar sanciones punitivas a los integrantes y/o miembros de los pueblos originales o tribales que cometen ilícitos, lo que dota de eficacia jurídica en la sociedad y el proceso penal.

## REFERENCIAS

- Alcácer, R. (2003). ¿Lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, Atelier: Barcelona.
- Asmat, M. (2018). Las políticas de estado y su trascendencia jurídico penal en la prevención de delitos cometidos en comunidades nativas al amparo del derecho consuetudinario”. Recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/7558/BC-1712%20ASMAT%20GOICOCHEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ávila, M. (2013). El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos, en American University International Law Review, vol. 28, n.º 4, Washington.
- Bernal, H. (2017). “Justicia Indígena, alternativa al Sistema Penal Acusatorio en México”. Recuperado de: <https://www.comecso.com/ciencias-sociales-agenda-nacional/cs/article/download/572/605/>
- Bernales, E. (2012) La Constitución de 1993. Veinte años después, 6.a ed., Lima: Idemsa.
- Binder, A. (2015) Amicus curiae: informe sobre la medida de prisión preventiva a propósito del caso de Gregorio Santos Guerrero, en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires.
- Bramont, T. (2005). Manual de derecho penal. Parte general, 3.a ed., Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Bustamante, R. (2006) “Un modelo de interpretación entre la moral, el poder y el derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba”, en Entre la moral, el poder y el derecho, Lima: Ara.
- Cancio, M. (2003) “¿‘Derecho penal del enemigo’?”, en Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Madrid: Civitas.

- Carbonell, J. y Orts B. (2006) “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, en Carbonell Mateu, Juan Carlos (coord.), Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Madrid: Dykinson.
- Castillo, G. (2018). “Situación de los derechos indígenas en la comunidad indígena urbana cantagallo, rímac – 2018”. Recuperado de: <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/5500/Gonza%20Castillo%2c%20Am%c3%a9rico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chanamé, R. (2015) La Constitución comentada, 9.a ed., vol. 2. Lima: Ediciones Legales.
- Chirinos, E. y Francisco Chirinos S. (2015). La Constitución. Lectura y comentario, 5.a ed., Lima: Rodhas.
- Chirinos, F. (2014) Código Penal. Comentado, concordado y jurisprudencia, 6.a ed., Lima: Rodhas.
- Correas, O. (2010) Teoría del derecho y antropología jurídica. Un diálogo inconcluso, México: Ediciones Coyoacán.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116, Lima: 13 de noviembre del 2009.
- Demetrio, E. (2011) “Críticas al funcionalismo normativista”, en Montoya Vivanco, Yván (coord.), Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal. Jornadas Internacional de Derecho Penal, Lima: Palestra.
- Demetrio, E. “El ‘derecho penal del enemigo’ (Darf nicht sein!). Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en Quid Iuris, n.º 10, Chihuahua: setiembre del 2009. Recuperado de <bit.ly/2aM8F63>.

- Domínguez, M. (2011). "La coexistencia del derecho penal indígena con el derecho penal guatemalteco". Recuperado de: <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2011/07/07/Dominguez-Miriam.pdf>
- Dupret, D. Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification, en *European Journal of Legal Studies*, n.º 1, Fiesole: abril del 2007. Recuperado de <bit.ly/2aUN6j3>.
- Figuroa, V. (2018). Capital social y desarrollo indígena urbano: una propuesta para una convivencia multicultural. Los mapuches de Santiago de Chile". Recuperado de: <http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/capitalsocial-desarrollo-indigena.pdf>
- Gamarra, R. (2017). "Incumplimientos y empirismos normativos en la aplicación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú-periodo 2012-2017". Recuperado de: <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/5582/Gamarra%20Guti%20c3%a9rrez%20c%20Richard%20Humberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- García, J. (2006) "El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs", en Cancio Meliá, Manuel y Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- García, P. (2012) *Derecho penal. Parte general*, 2.a ed., Lima: Jurista Editores.
- Gomiz, M. y Juan Manuel S. (2010) *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, 2.ª ed., Buenos Aires: Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas.
- Gracia M. (2005) "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'", en *Revista Electrónica de Ciencias*

Penales y Criminología, n.º 07-02, Granada: 11 de enero del 2005.  
Recuperado de <[bit.ly/1yyI7MS](http://bit.ly/1yyI7MS)>.

Guamán, M. (2015). "Caso La Cocha II: Análisis de la problemática de la Justicia Indígena y Justicia Ordinaria en el contexto ecuatoriano, a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional en la que establece límites a la justicia ancestral". Recuperado de: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/4423/1/121054.pdf>

Guevara, A. (2009) Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología y la historia del derecho, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gutiérrez Camacho, W. (2015) (dir.), La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo, t. iii, 3.a ed., Lima: Gaceta Jurídica.

Hevia, R. (2008). "Chile y el Convenio 169 de la OIT". Recuperado de: [http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-hevia\\_r/pdfAmont/de-hevia\\_r.pdf](http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-hevia_r/pdfAmont/de-hevia_r.pdf)

Instituto de Defensa Legal (2019) Condenan por secuestro a líderes de la comunidad campesina de Urancancha – Ayacucho, en Instituto de Defensa Legal, Lima.

Instituto Nacional de Estadística e Informática, Perú (2016). Primer censo nacional penitenciario 2016. Perfil de la población penal, Lima.

Jakobs, G. (2000) Bases para una teoría funcional del derecho penal, Lima: Palestra.

Jakobs, G. (2003) Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (2004) Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Madrid: Civitas.

- Jakobs, G. (2006) "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, 2.a ed., Madrid: Civitas.
- Jakobs, G.(1996) Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.
- Kuji Chimpa, E. (2015) Encarcelamiento de indígenas y los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional, tesis para optar el título de abogado, Iquitos: Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.
- Kuji, E. (2015). "Encarcelamiento de indígenas y los criterios jurídicos adoptados por los magistrados de la región Loreto en el marco del derecho internacional". Recuperado de: [http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/4851/Es%C3%BA\\_Tesis\\_Titulo\\_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/4851/Es%C3%BA_Tesis_Titulo_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- La República, "En Perú habitan 55 pueblos indígenas que luchan por no dejar morir 48 idiomas nativos", en La República, Lima: 12 de octubre del 2019.
- López, F. (2002) Fundamentos del reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, en Peña Jumpa, Antonio (coord.), Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina. Análisis constitucional, justicia y derecho oaxaqueño (México), justicia y derecho aymara (Perú), Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Másquez, Á. y Juan Carlos Ruiz M. (2018) Derechos desde los márgenes. Pueblos indígenas y litigio constitucional estratégico en el Perú, Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Melgarejo, P. (2011) Curso de derecho penal. Parte general, 2.a ed., Lima: Jurista Editores.

- Merry, E. (2007). Pluralismo jurídico, en Ariza Higuera, Libardo y Daniel Bonilla Maldonado (eds.), El pluralismo jurídico, Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.
- Mesinas, F. (2009). Diccionario penal jurisprudencial, Lima: Gaceta Jurídica.
- Mestanza, C. (2018). “La consulta previa en el Perú, amparada en el convenio 169 de la OIT y su relación con los conflictos sociales”. Recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/5363/BC-%203976%20MESTANZA%20RUMAY.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mir, S. (2008) “Límites del normativismo en el derecho penal”, en AA. VV., Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, 1.a reimp., Bogotá: Legis.
- Mohr, T. (2012). “Interpretación y aplicación del convenio 169 de la oit en Chile, en especial sobre el derecho de consulta”. Recuperado de: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fjm699i/doc/fjm699i.pdf>
- Núñez, J. (2009) “Derecho penal del enemigo y dignidad humana en el Estado constitucional de derecho”, en Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, Lima: Idemsa.
- Organización Internacional del Trabajo, Un manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1.a ed., Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2003.
- Paredes, P. (2015). “La costumbre indígena y responsabilidad penal”. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134991/La-costumbre-ind%C3%ADgena-y-responsabilidad-penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Peña, A. (2007) Derecho penal. Parte general, 2.a ed., Lima: Rodhas.
- Peña, A. (2011) Derecho penal. Parte general, t. ii, Lima: Idemsa.

- Peña, A. (2015) Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas, en La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo, t. iii, 3.a ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- Peñaranda, E y Suárez, M. (1998) Un nuevo sistema del derecho penal, Lima: Grijley.
- Polaino-Orts, M. (2006) “Derecho penal del enemigo: ¿Qué es?, ¿existe?, ¿debe existir?, ¿por qué existe?”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, n.º 7, Lima.
- Portillo, R. (2014). “Implicancias de la justicia de las comunidades nativas del Perú con los derechos humanos desde una perspectiva criminológica”. Recuperado de: [https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/inv\\_centros/2013/CECRIM-IMPLICANCIAS%20DE%20LA%20JUSTICIA%20DE%20LAS%20COMUNIDADES.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/inv_centros/2013/CECRIM-IMPLICANCIAS%20DE%20LA%20JUSTICIA%20DE%20LAS%20COMUNIDADES.pdf)
- Reátegui, J. (2019). Código Penal comentado, t. 1, Lima: Legales.
- Reyna, L. (2016). Introducción a la teoría del delito y las consecuencias jurídicas del delito, Lima: Instituto Pacífico.
- Reyna, L. (2018). Derecho penal. Parte general, 2.a ed., Lima: Editorial Iustitia.
- Rioja, A. (2018). Constitución política comentada y su aplicación jurisprudencial, Lima: Jurista Editores.
- Rojas, F. (2016). Código Penal. Parte general. Comentarios y jurisprudencia, t. i, Lima: RZ Editores.
- Rosas, J. (2016). Cómo el TC reinterpreta el derecho penal y procesal penal, Lima: Gaceta Jurídica.
- Sala Penal Permanente (ponente: Sr. Juez Hugo Molina Ordóñez), R. N. N.º 2776-2005-Ayacucho, Lima: 4 de octubre del 2005.

- Schünemann, B. (2006). La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio, Lima: Idemsa.
- Soto, M. (2014). Límites del acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Análisis jurídico del peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal costarricense, para el respeto de la identidad cultural de los miembros de pueblos indígenas. Recuperado de: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/L%C3%ADmites-del-acceso-a-la-justicia-de-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-An%C3%A1lisis-jur%C3%ADdico-del.pdf>
- Tribunal Constitucional, Exp. N.º 0014-2006-PI/TC, Lima: 19 de enero del 2007.
- Tribunal Constitucional, Exp. N.º 003-2005-PI/TC, Lima: 9 de agosto del 2006.
- Tribunal Constitucional, Exp. N.º 1126-2011-HC/TC, Lima: 11 de setiembre del 2012.
- Unicef y Funproeib, Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina, t. II, Cochabamba: Unicef, 2009.
- Urquiza, J. (2010) Código Penal, t. i, Lima: Idemsa.
- Valdivia, J. (2017). La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas. Recuperado de: <http://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/urp/1126/TESIS-Jose%20Daniel%20Valdivia%20Linares.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Villavicencio, F. (2014). Derecho penal. Parte general, 5.a reimp., Lima: Grijley.
- Villegas, M. (2009). El mapuche como enemigo en el derecho (penal). Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo, en el Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Ciudad Real. Recuperado de <bit.ly/2b7XzYf>.



## ANEXOS

## ANEXO 1 : MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>¿¿Cómo la aplicación de sanciones penales distintas al encarcelamiento en caso de condena efectiva a integrantes de los pueblos indígenas y tribales influye en el cumplimiento del art. 10 del convenio N.º 169 OIT?</p>	<p><b>General</b> Proponer la aplicabilidad de sanciones distintas al encarcelamiento en caso de condena efectiva a integrantes de los pueblos indígenas y tribales como cumplimiento al art. 10 del convenio N° 169 OIT.</p> <p><b>Específicos</b> Fundamentar la existencia de un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales. Diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT. Analizar la aplicación de sanciones distintas al encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales. Elaborar la propuesta práctica que aplique sanciones distintas en caso de condena efectiva a integrantes de pueblos indígenas.</p>	<p>Si se aplican sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales entonces se cumplirá de manera eficiente el art. 10 del convenio N° 169 OIT y respetando el error de tipo culturalmente condicionado</p>	<p><b>Variable Independiente</b></p> <p>Sanciones distintas del encarcelamiento a miembros indígenas y tribales.</p> <p><b>Variable Dependiente</b></p> <p>Cumplimiento del Art. 10 del convenio 169 de la OIT.</p>	<p>Encuesta – Cuestionario</p>

## ANEXO 2 : INSTRUMENTO



### ENCUESTA APLICADA A JUECES PENALES, FISCALES ANTICORRUPCIÓN Y ABOGADOS PENALISTAS DEL, DEL DISTRITO JUDICIAL DE CHICLAYO SANCIONES DISTINTAS DEL ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS INDÍGENAS Y TRIBALES EN CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.

Estimado (a): Se le solicita su valiosa colaboración para que marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo a su criterio y experiencia profesional, puesto que, mediante esta técnica de recolección de datos, se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada a la investigación con el título descrito líneas arriba.

NOTA: Para cada pregunta se considera la escala de 1 a 5 donde:

<b>3</b>	<b>2</b>	<b>1</b>
<b>Muy de acuerdo</b>	<b>De acuerdo</b>	<b>Muy en desacuerdo</b>

ITEM	3	2	1
1. ¿Considera usted se deba Proponer la aplicación de sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales?			
2. ¿Cree usted se deba fundamentar si existe un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales?			
3. ¿Considera usted se tenga que equiparar el trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales?			
4. ¿Cree usted se deba diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT?			
5. ¿Cree usted que los pueblos indígenas y tribales presentan desconocimientos de las normas en mención?			
6. ¿Considera usted que la privación de libertad no constituye de manera general una alternativa adecuada en el sistema penal indígena?			
7. ¿Cree usted que el artículo 10 del convenio 169 de la OIT presenta vacíos legales?			

8. ¿Está usted de acuerdo con la responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios?			
9. ¿Cree usted que los hechos atípicos en el seno consuetudinario de la comunidad, deban ser punibles en el ámbito externo?			
10. ¿Cree usted se deba preferir una sanción distinta o alternativa al encarcelamiento?			

### ANEXO 3: FICHA DE VALIDACION DE CUESTIONARIO

<b>1. NOMBRE DEL JUEZ</b>		<b>SARMIENTO MONJA ENEMESIO</b>
<b>2.</b>	<b>PROFESIÓN</b>	<b>ABOGADO</b>
	<b>ESPECIALIDAD</b>	<b>DERECHO TRIBUTARIO</b>
	<b>GRADO ACADÉMICO</b>	<b>ABOGADO</b>
	<b>EXPERIENCIA PROFESIONAL (AÑOS)</b>	<b>7 AÑOS</b>
	<b>CARGO</b>	<b>GERENTE GENERAL</b>
<b>SANCIONES DISTINTAS DEL ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS INDIGENAS Y TRIBALES EN CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT</b>		
<b>3. DATOS DEL TESISISTA</b>		
<b>3.1</b>	<b>NOMBRES Y APELLIDOS</b>	Bach. Cancino Vallejos Sandra Yanira
<b>3.2</b>	<b>ESCUELA PROFESIONAL</b>	DERECHO
<b>4. INSTRUMENTO EVALUADO</b>		1. Entrevista ( ) 2. Cuestionario (X)

		<p>3. Lista de Cotejo ( )</p> <p>4. Diario de campo ( )</p>
<b>5. OBJETIVOS DEL INSTRUMENTO</b>		<p><b>GENERAL:</b></p> <p>Proponer la aplicación de sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales como cumplimiento al art. 10 del convenio N° 169 OIT.</p>
		<p>Fundamentar si existe un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales.</p> <p>Analizar la aplicación de sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales.</p> <p>Diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT.</p> <p>Elaborar la propuesta práctica que aplique sanciones en caso de condena a integrantes de pueblos indígenas.</p>
<p><b>A continuación, se le presentan los indicadores en forma de preguntas o propuestas para que usted los evalúe marcando con un aspa (x) en “A” si está de ACUERDO o en “D” si está en DESACUERDO, SI ESTÁ EN DESACUERDO POR FAVOR ESPECIFIQUE SUS SUGERENCIAS</b></p>		
<b>N°</b>	<b>6. DETALLE DE LOS ITEMS DEL INSTRUMENTO</b>	<b>ALTERNATIVAS</b>
<b>01</b>	¿Considera usted se deba Proponer la aplicación de sanciones distintas de encarcelamiento en caso de condena a integrantes de los pueblos indígenas y tribales?	<p>A ( <b>X</b> ) D ( )</p> <p><b>SUGERENCIAS:</b></p> <p><b>NINGUNA</b></p>
<b>02</b>	¿Cree usted se deba fundamentar si existe un trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales?	<p>A ( <b>X</b> ) D ( )</p> <p><b>SUGERENCIAS:</b></p> <p><b>NINGUNA</b></p>
<b>03</b>	¿Considera usted se tenga que equiparar el trato desigual en el encarcelamiento de integrantes de pueblos indígenas y tribales?	<p>A ( <b>X</b> ) D ( )</p> <p><b>SUGERENCIAS:</b></p> <p><b>NINGUNA</b></p>
<b>04</b>	¿Cree usted se deba diagnosticar si se viene cumpliendo en la legislación peruana el art. 10 del convenio N° 169 OIT?	<p>A ( <b>X</b> ) D ( )</p> <p><b>SUGERENCIAS:</b></p> <p><b>NINGUNA</b></p>

<b>05</b>	¿Cree usted que los pueblos indígenas y tribales presentan desconocimientos de las normas en mención?	<b>A ( X ) D ( )</b> <b>SUGERENCIAS:</b> <b>NINGUNA</b>
<b>06</b>	¿Considera usted que la privación de libertad no constituye de manera general una alternativa adecuada en el sistema penal indígena?	<b>A ( X ) D ( )</b> <b>SUGERENCIAS:</b> <b>NINGUNA</b>
<b>07</b>	¿Cree usted que el artículo 10 del convenio 169 de la OIT presenta vacíos legales?	<b>A ( X ) D ( )</b> <b>SUGERENCIAS:</b> <b>NINGUNA</b>
<b>08</b>	¿Está usted de acuerdo con la responsabilidad penal de integrantes de pueblos originarios?	<b>A ( X ) D ( )</b> <b>SUGERENCIAS:</b> <b>NINGUNA</b>
<b>03</b>	¿Cree usted que los hechos atípicos en el seno consuetudinario de la comunidad, deban ser punibles en el ámbito externo?	<b>A ( X ) D ( )</b> <b>SUGERENCIAS:</b> <b>NINGUNA</b>
<b>10</b>	¿Cree usted se deba preferir una sanción distinta o alternativa al encarcelamiento?	<b>A ( X ) D ( )</b> <b>SUGERENCIAS:</b> <b>NINGUNA</b>

<b>PROMEDIO OBTENIDO:</b>	<b>A ( X ) D ( )</b>
<b>7.COMENTARIOS GENERALES</b> <b>CONFORME, PUEDE APLICAR INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS</b>	
<b>8. OBSERVACIONES:</b> <b>NINGUNA</b>	



ECOSAM ASESORIA & CONSULTORIA S.A.C.  
Abog. Enemesio Sarmiento Morja  
ABOGADO  
ICAL. 7024

---

**Nombre**

**ANEXO 4 : JURISPRUDENCIA**

SALA PENAL  
EXP. N° 306-2000  
APURIMAC

//veintidós de setiembre del dos mil.

VISTOS; con lo expuesto por el señor F.; y

CONSIDERANDO

que, los procesados A.H.N., C.P.G., C.C.C. y S.P.G., al contar con la aceptación del hermano de la agraviada, R.H.H., actuaron siguiendo la costumbre ancestral denominada "ta pucuscca", que consistió en ofrecer a la menor agraviada para que conviva con el citado H.N. para formar una familia; que, ellos en Su condición de campesinos del Distrito de H., incurrieron en un error de comprensión invencible que elimina la culpabilidad de su conducta; que, siendo ello así, no puede ser pasible de uná. sanción penal, ni que merezcan el juicio de reproche, por lo que resulta de aplicación el artículo quince del Código Penal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos noventa, su fecha diez de enero del dos mil, que absuelve de la acusación fiscal a A.H.N., C.P.G., C.C.C. y S.P.G., por los delitos contra la libertad -secuestro- y violación de la libertad sexual- en grado de tentativa en perjuicio de la agraviada cuya identidad se reserva en atención a lo dispuesto por la Ley veintisiete mil ciento quince; con lo demás que contiene; reformándola: declararon EXENTO de responsabilidad penal a A.H.N., C.P.G., C.C.C. y S.P.G., por los delitos contra la libertad -secuestro- y violación de la libertad sexual- en grado de tentativa en perjuicio de la agraviada cuya  
////////////////////////////////////\////////////////////////////////////.....

SALA PENAL  
EXP. N° 306-2000  
APURIMAC

\_2

//a. identidad se reserva en atención a lo dispuesto por la Ley veintisiete mil ciento quince; MANDARON archivar definitivamente el proceso; y de conformidad con lo preceptuado por el Decreto Ley veinte mil quinientos setentinueve: ORDENARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y los devolvieron.

S.S.

ALMENARA BRYSON

SIVINA HURTADO

CASTILLO LA ROSA SANCHEZ

GONZALES LOPEZ

BROMLEY GUERRA

## **ANEXO 5: CARTA DE ACEPTACIÓN**

### **AUTORIZACIÓN PARA EL RECOJO DE INFORMACIÓN**

Chiclayo, agosto del 2022

Quien suscribe:

**SARMIENTO MONJA ENEMESIO**

GERENTE GENERAL DE ECOSAM ASESORÍA & CONSULTORIA S.A.C

AUTORIZA: Permiso para recojo de información pertinente en función del proyecto de investigación, denominado: SANCIONES DISTINTAS DEL ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS INDIGENAS Y TRIBALES EN CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

Por el presente, la que suscribe SARMIENTO MONJA ENEMESIO, GERENTE GENERAL DE ECOSAM ASESORÍA & CONSULTORIA S.A.C, **AUTORIZA** al estudiante: BACH. CANCINO VALLEJOS SANDRA YANIRA, estudiante de la Escuela Profesional de DERECHO y autor del trabajo de investigación denominado: SANCIONES DISTINTAS DEL ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS INDIGENAS Y TRIBALES EN CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT, el uso de dicha información para efectos exclusivamente académicos de la elaboración de tesis de pre – grado enunciado líneas arriba. De quien solicita.

Se garantiza la absoluta confidencialidad de la información solicitada.  
Atentamente.



ECOSAM ASESORIA & CONSULTORIA S.A.C.  
Abog. Enemesio Sarmiento Monja  
ABOGADO  
ICAL. 7024

---

Firma

## ANEXO 6: REPORTE DE TURNITIN

### SANCIONES DISTINTAS DEL ENCARCELAMIENTO A MIEMBROS INDIGENAS Y TRIBALES EN CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

#### ORIGINALITY REPORT

<b>14%</b> SIMILARITY INDEX	<b>13%</b> INTERNET SOURCES	<b>6%</b> PUBLICATIONS	<b>4%</b> STUDENT PAPERS
--------------------------------	--------------------------------	---------------------------	-----------------------------

#### PRIMARY SOURCES

<b>1</b>	<a href="http://repositorio.uss.edu.pe">repositorio.uss.edu.pe</a> Internet Source	<b>2%</b>
<b>2</b>	<a href="http://accesoaljusticia.poder-judicial.go.cr">accesoaljusticia.poder-judicial.go.cr</a> Internet Source	<b>1%</b>
<b>3</b>	<a href="http://archive.org">archive.org</a> Internet Source	<b>1%</b>
<b>4</b>	<a href="http://cybertesis.uach.cl">cybertesis.uach.cl</a> Internet Source	<b>1%</b>
<b>5</b>	<a href="http://idoc.pub">idoc.pub</a> Internet Source	<b>1%</b>
<b>6</b>	<a href="http://documentop.com">documentop.com</a> Internet Source	<b>1%</b>
<b>7</b>	<a href="http://repositorio.unasam.edu.pe">repositorio.unasam.edu.pe</a> Internet Source	<b>&lt;1%</b>
<b>8</b>	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Student Paper	<b>&lt;1%</b>