

EL VOTO DE LA JUEZA SUPREMA CASTAÑEDA OTSU ES COMO SIGUE

Lima, cinco de noviembre de dos mil diecinueve

VISTA Y OÍDA: la audiencia pública para dirimir la discordia surgida en los extremos establecidos en la resolución del veintisiete de setiembre de dos mil diecisiete, sobre los recursos de nulidad interpuestos por el representante del **MINISTERIO PÚBLICO** y la **PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN ORDEN INTERNO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR** contra la sentencia del veintidós de septiembre de dos mil dieciséis (foja 15470), en los extremos que absolvió de la acusación fiscal a:

I. SEGUNDO ALBERTO PIZANGO CHOTA, JOEL SHIMPUKAT ATASUA, LEO TIMIAS TANANTA, SANTIAGO MANUIN VALERA, HÉCTOR ORLANDO REQUEJO LONGINOTE, RONAL REQUEJO JIMA Y JOSÉ GILBERTO CHALE ROMERO (**como instigadores**), JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ, PEPE SAKASH ETSAM, DAVID LIZANA LINARES, LALO FLORES TANTARICO, JOSÉ PÍO CÓRDOBA BARCO, RUFINO SINGUANI MARIC, LEONARDO ASACHA CASENTA, JOSÉ YUU PETSAIN, MILQUIADES PINTADO HUAMÁN, EDGAR DÍAZ SILVA, HILDEBRANDO ALVARADO GUERRERO, AURELIO KAJEKUI ANTUN, GENEBERARDO ALVARADO ZURITA, MOISÉS GARCÍA JIMÉNEZ, JUAN CLÉVER JIMÉNEZ QUINTANA, GUILLERMO SÁNCHEZ TORRES, EDISON MASHINGASH TI, SABINO PIZANGO UNUP, EDUARDO ENTSAKUA YUUK, SIXTO DEKENTAI REÁTEGUI, BERNABÉ NAMPAG KISTUG, GUZMÁN PADILLA DÍAZ, HELCIAS CUMBIA ALTAMIRANO, ALEJANDRO ARRAIZA PEÑA, SANDRA ANITA QUINCHO CRUZ, NOÉ FERNÁNDEZ RIMARACHÍN, CONFESOR MESONES DOMÍNGUEZ, ALCIBÍADES DOMINGO PUANCHÓN, JULIO DÍAZ CARRERO, LISANDRO CAMACHO CHINININ, ANÍBAL MEDINA LACHOS, JOSÉ SANTOS NEIRA MELÉNDEZ, JOSÉ DE LA CRUZ ROJAS CIEZA, ROGELIO ELMER ROJAS CARRILLO, SIXTO TINEO TINEO, ROLDÁN ENTSAKUA YUUK, MARIO WEEPIO PERALES, DANNY LÓPEZ SHAWIT, MARIANO MAYAK PAYASH, SEGUNDO RAÚL PARIATON JARA, ALBERTO ALBERTA MELÉNDEZ, BENITO SOTO ORTEGA y LUÍS YAGKUG VÍLCHEZ (como autores directos) por el **delito contra la seguridad pública, en su modalidad**

de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, previsto en el artículo 283 (primer y segundo párrafos) del Código Penal, modificada por la Ley N.º 28820.

II. SEGUNDO ALBERTO PIZANGO CHOTA, JOEL SHIMPUKAT ATSASUA, LEO TIMIAS TANANTA, SANTIAGO MANUIN VALERA, HÉCTOR ORLANDO REQUEJO LONGINOTE, RONAL REQUEJO JIMA y JOSÉ GILBERTO CHALE ROMERO (**como instigadores**), JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ, PEPE SAKASH ETSAM, DAVID LIZANA LINARES, LALO FLORES TANTARICO, JOSÉ PÍO CÓRDOBA BARCO, RUFINO SINGUANI MARIC, LEONARDO ASACHA CASENTA, JOSÉ YUU PETSAIN, MILQUIADES PINTADO HUAMÁN, EDGAR DÍAZ SILVA, HILDEBRANDO ALVARADO GUERRERO, AURELIO KAJEKUI ANTUN GENEBERARDO ALVARADO ZURITA, MOISÉS GARCÍA JIMÉNEZ, JUAN CLÉVER JIMÉNEZ QUINTANA, GUILLERMO SÁNCHEZ TORRES, EDISON MASHINGASH TI, SABINO PIZANGO UNUP, EDUARDO ENTSAKUA YUUK, SIXTO DEKENTAI REÁTEGUI, BERNABÉ NAMPAG KISTUG, GUZMÁN PADILLA DÍAZ, HELCIAS CUMBIA ALTAMIRANO, ALEJANDRO ARRAIZA PEÑA, SANDRA ANITA QUINCHO CRUZ, NOÉ FERNÁNDEZ RIMARACHÍN, CONFESOR MESONES DOMÍNGUEZ, ALCIBÍADES DOMINGO PUANCHÓN, JULIO DÍAZ CARRERO, LISANDRO CAMACHO CHINININ, ANÍBAL MEDINA LACHOS, JOSÉ SANTOS NEIRA MELÉNDEZ, JOSÉ DE LA CRUZ ROJAS CIEZA, ROGELIO ÉLMER ROJAS CARRILLO, SIXTO TINEO TINEO, ROLDÁN ENTSAKUA YUUK, MARIO WEEPIO PERALES, DANNY LÓPEZ SHAWIT, MARIANO MAYAK PAYASH, SEGUNDO RAÚL PARIATÓN JARA, ALBERTO ALBERTA MELÉNDEZ, BENITO SOTO ORTEGA y LUIS YAGKUG VÍLCHEZ (**como autores directos**) por el **delito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, en su modalidad de motín**, previsto en el artículo 348 del Código Penal.

III. SEGUNDO ALBERTO PIZANGO CHOTA, JOEL SHIMPUKAT ATSASUA, LEO TIMIAS TANANTA, SANTIAGO MANUIN VALERA, HÉCTOR ORLANDO REQUEJO LONGINOTE, RONAL REQUEJO JIMA y JOSÉ GILBERTO CHALE ROMERO (**como instigadores**), JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ, PEPE SAKASH ETSAM, DAVID LIZANA LINARES, LALO FLORES TANTARICO, JOSÉ PÍO CÓRDOBA BARCO, RUFINO SINGUANI MARIC, LEONARDO ASACHA CASENTA,

MILQUIADES PINTADO HUAMÁN, EDGAR DÍAZ SILVA, HILDEBRANDO ALVARADO GUERRERO, AURELIO KAJEKUI ANTUN, GENEBERARDO ALVARADO ZURITA, MOISÉS GARCÍA JIMÉNEZ, JUAN CLÉVER JIMÉNEZ QUINTANA, GUILLERMO SÁNCHEZ TORRES, EDISON MASHINGASH TI, SABINO PIZANGO UNUP, EDUARDO ENTSAKUA YUUK, SIXTO DEKENTAI REÁTEGUI, BERNABÉ NAMPAG KISTUG, GUZMÁN PADILLA DÍAZ, HELCIAS CUMBIA ALTAMIRANO, ALEJANDRO ARRAIZA PEÑA, SANDRA ANITA QUINCHO CRUZ, NOÉ FERNÁNDEZ RIMARACHÍN, CONFESOR MESONES DOMÍNGUEZ, ALCIBÍADES DOMINGO PUANCHÓN, JULIO DÍAZ CARRERO, LISANDRO CAMACHO CHINININ, ANÍBAL MEDINA LACHOS, JOSÉ SANTOS NEIRA MELÉNDEZ, JOSÉ DE LA CRUZ ROJAS CIEZA, ROGELIO ÉLMER ROJAS CARRILLO, SIXTO TINEO TINEO, ROLDÁN ENTSAKUA YUUK, MARIO WEEPIO PERALES, DANNY LÓPEZ SHAWIT, MARIANO MAYAK PAYASH, SEGUNDO RAÚL PARIATÓN JARA, ALBERTO ALBERTA MELÉNDEZ, BENITO SOTO ORTEGA y LUÍS YAGKUG VÍLCHEZ (**como autores directos**), por el **delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de disturbios**, previsto en el artículo 315, primer párrafo, del Código Penal, modificada por la Ley N.º 28820.

IV. FELICIANO CAHUASANA ROLIN, RONAL REQUEJO JIMA Y DANNY LÓPEZ SHAWIT (**como autores directos**) por el **delito contra la seguridad pública, en su modalidad de tenencia ilegal de arma de fuego**, previsto en el artículo 279, del Código Penal, modificada por el Decreto Legislativo número 898, en perjuicio del Estado peruano.

CONSIDERANDO

I. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA DISCORDIA

PRIMERO. Por resolución del trece de agosto de dos mil diecinueve (foja 885), se convocó a la suscrita, con base en el artículo 144 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para dirimir la discordia con relación a los recursos de nulidad ya mencionados. En ese sentido,

corresponde dirimir la controversia, considerando las dos posiciones que son:

A. LA PRIMERA POSICIÓN asumida por los jueces supremos Lecaros Cornejo, Barrios Alvarado y Chávez Zapater, es porque se **DECLARE NULO** el extremo absolutorio de la ya citada sentencia, que absolvió a Segundo Alberto Pizango Chota, Joel Shimputak Atsasua, Leo Timias Tananta, Santiago Manuin Valera, Héctor Orlando Requejo Longinote, Ronal Requejo Jima y José Gilberto Chale Romero (como instigadores), y José Vargas Fernández y otros (como autores directos) de los delitos de disturbios, motín y entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos. Y contra Feliciano Cahuasa Rolin, Ronal Requejo Jima y Danny López Shawit (como autores directos) del delito de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones.

Es necesario precisar que los fundamentos que sustentaron esta posición fueron, en esencia, los siguientes:

Respecto a los delitos de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, motín y disturbios, se señaló que existe una motivación aparente, pues en la sentencia se hace referencia a la aplicación del artículo 15 del CP y pese a ello también se invocó la aplicación del test de proporcionalidad, lo que resulta contradictorio. Asimismo, cuando se aplicó el referido principio se cometieron crasos errores, pues no se tuvieron en consideración los bienes jurídicos correctos que se encontraban en conflicto.

En cuanto al delito de tenencia ilegal de armas y municiones refirió en esencia que se prescindió de valorar pruebas que pueden ser decisivas, en el caso concreto y, en consecuencia, se incurrió en arbitrariedad por falta de motivación (motivación incompleta).

B. LA SEGUNDA POSICIÓN asumida por los jueces supremos Calderón Castillo y Chávez Mella¹, a la cual se sumó el voto dirimente de la jueza suprema Pacheco Huancas, fue por **NO HABER NULIDAD** en la sentencia que absolvió a Segundo Alberto Pizango Chota, Joel Shimputak Atsasua, Leo Timias Tananta, Santiago Manuin Valera, Héctor Orlando Requejo Longinote, Ronal Requejo Jima y José Gilberto Chale Romero (como instigadores), y José Vargas Fernández y otros (como autores directos) de los delitos de disturbios, motín y entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos. Y contra Feliciano Cahuasa Rolin, Ronal Requejo Jima y Danny López Shawit (como autores directos) del delito de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones.

Los jueces supremos que se acogieron a esta posición tuvieron en cuenta la línea histórica del contexto en que se suscitaron los hechos imputados. Concluyeron que mientras los miembros del orden efectuaban el desalojo de las carreteras tomadas por los grupos étnicos awajún y wampis, estas comunidades nativas se oponían, en salvaguarda de sus derechos a la identidad cultural (fuero especial de las comunidades indígenas), libertad de expresión y a la libertad de reunión; lo que colisionó con otro derecho fundamental, como el libre tránsito.

Por lo que resultó adecuado que la Sala Penal Superior efectuara el test de proporcionalidad (idoneidad del medio o medida, necesidad y proporcionalidad o ponderación en sentido estricto). Además, consideró que la acusación fiscal no respetó el principio de imputación necesaria, el cual supone que la acusación debe ser cierta (no implícita), precisa e individualizada.

¹ De conformidad, en parte, con lo opinado por el fiscal supremo.

II. HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

SEGUNDO. En lo que respecta al **delito de disturbios**, se atribuyó a los imputados Segundo Alberto Pizango Chota, Joel Shimpukat Atsasua, Leo Timias Tananta, Santiago Manuín Valera, Héctor Orlando Requejo Longinote, Ronal Requejo Jima y José Gilberto Chale Romero, **haber inducido** a los **autores directos** ya mencionados, a causar disturbios en la ciudad de Bagua, en protesta contra el Gobierno Central y en apoyo a las comunidades nativas, en días previos y el mismo cinco de junio de dos mil seis, con la finalidad de que realicen una reunión tumultuaria para lograr que el Gobierno Central derogue los decretos legislativos 1090, 1015 y 1064, entre otros. Agregó que en la ejecución de dicha reunión tumultuaria atentaron colectivamente contra la integridad física de las personas, efectivos policiales, tripulación de la camioneta del Ministerio Público y carro de bomberos voluntarios, y que con violencia causaron graves daños materiales a la propiedad pública (Ministerio Público, Comisaría Sectorial PNP Bagua Grande, instalaciones de la sección de Investigación de tránsito de la PNP, Centro de Salud El Milagro de Bagua Grande y la Unidad de Bomberos de Bagua Grande) con lo que alteraron el orden público.

TERCERO. En cuanto al **delito de motín**, se atribuyó a los citados instigadores el haber inducido a los imputados autores directos ya nombrados, en forma tumultuaria, empleando violencia contra las personas (efectivos policiales) y cosas (daños a la propiedad pública de diferentes instituciones), atribuyéndose derechos de los pueblos (en este caso de los pueblos indígenas) y, de este modo, exigir –en nombre de estos– al Gobierno Central la omisión de un acto propio de sus funciones, como era la no aplicación de los decretos legislativos númeroa 1090, 1015, 1064 y 1090.

CUARTO. Con relación al **delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos**, se atribuyó a los citados **instigadores** haber inducido días

previos a los hechos suscitados, a los autores directos ya citados, con la finalidad de que el cinco de junio de dos mil nueve, sin crear una situación de peligro común que impida el normal funcionamiento del transporte público y privado, atenten contra la integridad física de las personas y causen grave daño a la propiedad pública.

QUINTO. Finalmente, respecto al **delito de tenencia ilegal de armas y municiones**, se atribuyó a Feliciano Cahuasa Rolin, Ronal Requejo Jima y Danny López Shawit, que el cinco de junio de dos mil nueve tuvieron en su poder armas de fuego, que fueron arrebatados a los efectivos policiales que se encontraban en ejercicio de sus funciones desbloqueando la carretera Fernando Belaunde Terry.

SEXTO. Es necesario precisar que la resolución del presente caso conocido como **El baguazo** mostró desde sus inicios un reto para los tribunales nacionales, pues resultó evidente que se presentaba el análisis de la aplicación del Derecho Penal en un contexto de interculturalidad.

Así lo asumieron los jueces supremos Lecaros Cornejo, Barrios Alvarado, Chávez Zapater, Calderón Castillo y Chávez Mella, en la decisión por unanimidad del Recurso de Nulidad N.º 2875-2016, referido a los delitos de homicidio calificado y lesiones graves; arrebato de armamento o municiones de uso oficial y de daños agravados. Incluso el voto en mayoría de los jueces supremos Lecaros Cornejo, Barrios Alvarado y Chávez Zapater, que generó esta dirimencia, no niega el entorno de interculturalidad que concibió el conflicto social que originó esta causa penal.

SÉTIMO. En ese sentido, es importante advertir que los hechos que se imputan como delitos se suscitaron a consecuencia de una protesta que tenía como fin, por parte de la población indígena, la protección de sus tierras, frente a

la dación de los Decretos Ley números 1090, 1064, 1015 y otros; sin el ejercicio del derecho a la consulta previa reconocido por el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Y la solución a la que arribó la sentencia impugnada se centró en la aplicación del principio de proporcionalidad, lo que permitió se realice una ponderación de derechos en conflicto. Por un lado, el derecho de protesta de la población indígena con relación a la infracción de sus derechos de propiedad y consulta previa; y, por otro, el derecho de la ciudadanía a que no se afecten los bienes jurídicos tutelados por los delitos de disturbios, motín y entorpecimiento de los servicios públicos.

En cuanto al delito de tenencia ilegal de armas, argumentó una insuficiencia probatoria y falta de precisión en la imputación fiscal.

III. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE VOTO

Interculturalidad, consulta previa y derecho a la protesta

OCTAVO. En principio se debe atender al reconocimiento constitucional e internacional de los derechos de los pueblos indígenas.

Nuestra Carta Magna reconoce la interculturalidad del Perú y en su artículo 2, numerales 1, 2 y 19, hace referencia expresa y señaló que toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar. [...]
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. [...]
19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

También, en el artículo 89, se señala que:

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas [...].

NOVENO. Asimismo, el artículo 55 de nuestra Constitución, que prescribe los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, determina que diversas normas internacionales formen parte de nuestra normativa, entre ellas, la que consagra a los derechos de los pueblos indígenas y su protección. Destacan por su especialidad, el Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes², la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y, recientemente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³.

La citada normativa busca brindar directrices referentes al reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos nativos y a garantizar el respeto de su integridad. Señala que no debe mediar fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados. **Reconocen su derecho a la consulta**, señalando que deben existir procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (como es el caso de la expropiación de tierras). Asimismo, precisa que al aplicar la legislación

² Adoptado en Ginebra, Suiza, por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su 76.ª reunión CIT, del 27 de junio de 1989. Entró en vigencia el 5 de setiembre de 1991. Aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 26253 del 2 de diciembre de 1993, publicada el 5 de diciembre de 1993. Fecha de entrada en vigencia para el Perú el 2 de febrero de 1995.

³ Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

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

DÉCIMO. En ese sentido, existe amplia jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitida antes de la fecha de los hechos que se discuten en la presente causa, sobre la importancia de la tierra para un pueblo indígena; y, asimismo, su derecho a una consulta previa.

Por otro lado, en relación con el vínculo de la tierra al pueblo indígena, para entender la relevancia que tiene el territorio para este colectivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuando ha resuelto los casos sometidos a su conocimiento por la citada Comisión ha establecido como doctrina jurisprudencial la siguiente:

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua⁴

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay⁵

154. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.

⁴ Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

⁵ Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay⁶

118. [...] este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

DECIMOPRIMERO. En conexión con la doctrina jurisprudencial detallada, se encuentra el derecho a la consulta previa, que en la actualidad está constituido como un deber positivo del Estado de disponer mecanismos idóneos y eficaces para alcanzar acuerdos u obtener el consentimiento previo, libre e informado según las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, antes de emprender actividades que impacten sus intereses o puedan afectar sus derechos sobre sus tierras, territorio o recursos naturales⁷. Como se señala, con este derecho-mecanismo se busca el diálogo intercultural para conocer las prioridades e ideas de desarrollo que manejan los pueblos indígenas, con el fin de garantizar sus derechos a la participación, identidad cultural, propiedad, entre otros.

Lo señalado ha sido desarrollado en diversos informes de la Comisión de la CIDH, entre ellos: **i)** Informe de Ecuador 1997. Conclusiones del capítulo IX. Asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país y conclusiones del capítulo VIII. **ii)** Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, capítulo X, 1999. Recomendación N.º 4. **iii)** Informe de fondo N.º 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2002, párr. 140. **iv)**

⁶ Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

⁷ Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley N.º 29785, publicado el 7 de setiembre de 2011.

Informe de fondo N.º 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

DECIMOSEGUNDO. Asimismo, en relación con este derecho, la Corte IDH ha desarrollado sus características e implicancias en el **Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam**⁸⁸. Al respecto, señala lo siguiente:

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado [...].

Es decir, la Corte IDH ha establecido la importancia de que el mecanismo de consulta se accione desde los inicios de la intervención del Estado en el pueblo indígena; y que sea mediante procedimientos culturalmente adecuados y tomando en consideración sus costumbres y tradiciones.

Test de proporcionalidad

DECIMOTERCERO. Asimismo, es importante señalar con relación al test de proporcionalidad, que consiste en la aplicación de tres subprincipios: i) idoneidad, ii) necesidad; y, iii) proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios tiene un nivel de análisis particular, que se da de manera secuencial, uno tras otro.

En relación con el primero, se busca determinar si la norma o medida analizada, la cual restringe derechos fundamentales, sirve o no para realizar

⁸⁸ Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

una finalidad constitucional. En el caso concreto, **si el paro indígena que restringió el derecho de toda la ciudadanía, sirvió para exigir el cumplimiento de su derecho a la consulta.** Es decir, el primer paso para determinar la proporcionalidad de una medida consiste en un ejercicio estrictamente causal, donde se limita a constatar la existencia de dos elementos: i) una medida que obviamente implique la afectación de uno o más derechos fundamentales; ii) una finalidad constitucionalmente protegida, vale decir, aquella que el ordenamiento jurídico no prohíba.

En segundo lugar, se debe terminar si la medida que busca restringir un derecho fundamental es necesaria para alcanzar la finalidad constitucional propuesta. Con ello se busca determinar si existen o no otras medidas que también permitieran alcanzar la misma finalidad constitucional. **En el caso concreto, ya se habían vulnerado sus derechos a sus tierras y a la consulta previa con la emisión de los decretos 1090, 1064, 1015 y otros. En consecuencia, no existía una vía menos lesiva que la protesta realizada.**

Por último, en atención a una medida idónea y necesaria se deberá finalizar el análisis con el subprincipio de ponderación. Este subprincipio nos presenta la siguiente fórmula: "Cuanto mayor es la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional"⁹.

Es cierto que se afectaron los bienes jurídicos de perturbación del orden público y el desenvolvimiento de la circulación del transporte por vías públicas, tutelados mediante los delitos de disturbios, motín y entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos; sin embargo, en el otro lado de la balanza estaban los derechos a la consulta previa y al territorio, lo que exigía optar por los derechos en conflicto y la sala superior optó por los segundos.

⁹ BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 99.

Por lo anotado, la aplicación del test de proporcionalidad, para despenalizar conductas que podrían calificarse como un delito, en el caso concreto resultó adecuado en aplicación al principio de concordancia práctica, ya que estos dos derechos se encuentran vinculados a la dignidad y a la esencia de un pueblo indígena.

DECIMOCUARTO. Asimismo, de conformidad con el artículo 83 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el fiscal supremo en lo penal emitió el Dictamen N.º 319-2017-MP-FN-1ºFSP y opinó porque se declare no haber nulidad en la sentencia absolutoria (excepto en el extremo del delito de tenencia ilegal de armas).

DECIMOQUINTO. Con relación a la fundamentación del dictamen fiscal supremo antes detallado, el artículo 158 de la Constitución Política consagra la autonomía del Ministerio Público, garantía institucional que es fundamental para el cumplimiento de las funciones que el Poder Constituyente le otorga en el artículo 159. Entre estas funciones, se encuentran la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses tutelados por el derecho y la titularidad de la acción penal. Por ello, se ha configurado como un órgano requirente por antonomasia.

DECIMOSEXTO. Por otro lado, la actividad del Ministerio Público se rige por diversos principios, como los de legalidad, unidad en la función, independencia, objetividad y jerarquía. Respecto a este último principio, el artículo 5, del Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que los fiscales forman un "cuerpo jerárquicamente organizado y deben sujetarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores".

DECIMOSÉTIMO. En el presente caso, el fiscal supremo en lo penal consideró que la absolución decretada por la Sala Penal Superior se encuentra justificada, pues no existen suficientes elementos probatorios de la configuración de los delitos, así como de la responsabilidad penal de los acusados.

Al respecto, como se fundamentó la sentencia se encuentra debidamente sustentada, con respecto a los derechos de los pueblos indígenas frente a los bienes jurídicos tutelados por los tres delitos mencionados; y la opinión fiscal suprema adicionalmente refuerza nuestra posición en relación con lo resuelto por la Sala Superior.

Motivo por el cual, en mérito a lo anotado en las consideraciones anteriores, al principio institucional de jerarquía y a los diversos pronunciamientos emitidos en esta instancia suprema¹⁰, corresponde dejar subsistente la sentencia absolutoria impugnada en el extremo de los citados delitos.

A. DEL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS

DECIMOCTAVO. Por su parte, en lo que respecta a la imputación por el delito de tenencia ilegal de armas, se deben efectuar ciertas precisiones.

18.1. La imputación concreta por este delito se formuló en los siguientes términos: se atribuyó a Feliciano Cahuasa Rolin, Ronal Requejo Jima y Danny López Shawit, que el cinco de junio de dos mil nueve, tuvieron en su poder armas de fuego, que fueron arrebatados a efectivos policiales que se encontraban en el ejercicio de sus funciones, desbloqueando la carretera Fernando Belaunde Terry.

¹⁰ Con base en lo cual se ha emitido diversos pronunciamientos; R. N. N.º 2238-2015-PUNO, del veintisiete de marzo de dos mil diecisiete; R. N. N.º 960-2015-HUÁNUCO, del ocho de mayo de dos mil diecisiete; R. N. N.º 118-2016-AYACUCHO, del veintinueve de mayo de dos mil diecisiete; y R. N. N.º 836-2016-PUNO, del treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, entre otros.

18.2. Así, en atención a la pluralidad de indígenas que participaron en la manifestación y número de efectivos policiales desplegados, no se puede exigir mayor precisión en la imputación realizada; en cuanto a hora, lugar y persona a la que pertenecería el armamento. En ese sentido, no se puede sostener un absolucón argumentando una deficiente imputación fiscal.

18.3. Sin embargo, un argumento de defensa que sí es atendible, es la ausencia de dolo en las conductas imputadas. Así, se debe recordar que el delito de tenencia ilegal de armas en su ámbito subjetivo es eminentemente doloso; es decir, se requiere que el sujeto activo tenga conciencia y voluntad de poseer o tener en forma ilegítima (sin licencia administrativa correspondiente) un arma o municiones. Asimismo, cabe precisar que el dolo no se prueba, si no se atribuye o se imputa al autor con base en criterios de referencias sociales asumidos por el derecho penal.

DECIMONOVENO. En ese sentido, una vez más para la resolución del caso se debe atender al contexto social especial en el que se suscitaban los hechos; esto es, un conflicto con trasfondo intercultural en el cual se desplegaron ataques por parte de los indígenas manifestantes y de los efectivos policiales. Por lo que no resultaba razonable, conforme con las máximas de la experiencia que un civil –indígena–, al encontrar un arma, la entregue a las fuerzas del orden; pues en dicho contexto no tenía las garantías suficientes para el respeto de sus derechos fundamentales a la vida, integridad y libertad; garantizados en los incisos 1, 24 b y f, artículo 2 de nuestra Constitución Política.

En ese sentido, resultan verosímiles la declaraciones vertidas en el proceso en las que algunos acusados aceptaron que poseyeron armamento, lo que

ocurrió de manera incidental y si no lo entregaron de inmediato a las autoridades fue por miedo a las represalias.

DECISIÓN

Por estos motivos, **ME ADHIERO AL VOTO** de los jueces supremos Jorge Calderón Castillo, Zavina Chávez Mella e Iris Estela Pacheco Huancas en el **extremo** que **declararon**:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia, del veintidós de septiembre de dos mil dieciséis, en los extremos que absolvió de la acusación fiscal a:

a) SEGUNDO ALBERTO PIZANGO CHOTA, JOEL SHIMPUKAT ATASUA, LEO TIMIAS TANANTA, SANTIAGO MANUIN VALERA, HÉCTOR ORLANDO REQUEJO LONGINOTE, RONAL REQUEJO JIMA Y JOSÉ GILBERTO CHALE ROMERO (**como instigadores**), JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ, PEPE SAKASH ETSAM, DAVID LIZANA LINARES, LALO FLORES TANTARICO, JOSÉ PÍO CÓRDOBA BARCO, RUFINO SINGUANI MARIC, LEONARDO ASACHA CASENTA, JOSÉ YUU PETSAIN, MILQUIADES PINTADO HUAMÁN, EDGAR DÍAZ SILVA, HILDEBRANDO ALVARADO GUERRERO, AURELIO KAJEKUI ANTUN, GENEBERARDO ALVARADO ZURITA, MOISÉS GARCÍA JIMÉNEZ, JUAN CLÉVER JIMÉNEZ QUINTANA, GUILLERMO SÁNCHEZ TORRES, EDISON MASHINGASH TI, SABINO PIZANGO UNUP, EDUARDO ENTSAKUA YUUK, SIXTO DEKENTAI REÁTEGUI, BERNABÉ NAMPAG KISTUG, GUZMÁN PADILLA DÍAZ, HELCIAS CUMBIA ALTAMIRANO, ALEJANDRO ARRAIZA PEÑA, SANDRA ANITA QUINCHO CRUZ, NOÉ FERNÁNDEZ RIMARACHÍN, CONFESOR MESONES DOMÍNGUEZ, ALCIBÍADES DOMINGO PUANCHÓN, JULIO DÍAZ CARRERO, LISANDRO CAMACHO CHINININ, ANÍBAL MEDINA LACHOS, JOSÉ SANTOS NEIRA MELÉNDEZ, JOSÉ DE LA CRUZ ROJAS CIEZA, ROGELIO ÉLMER ROJAS CARRILLO, SIXTO TINEO TINEO, ROLDÁN ENTSAKUA YUUK, MARIO WEEPIO PERALES, DANNY LÓPEZ SHAWIT, MARIANO MAYAK PAYASH, SEGUNDO RAÚL PARIATÓN JARA, ALBERTO ALBERTA MELÉNDEZ, BENITO SOTO ORTEGA y LUÍS YAGKUG VÍLCHEZ

(como autores directos) por el **delito contra la seguridad pública, en su modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos**, previsto en el artículo 283 (primer y segundo párrafos) del Código Penal, modificada por la Ley N.º 28820.

b) SEGUNDO ALBERTO PIZANGO CHOTA, JOEL SHIMPUKAT ATASUA, LEO TIMIAS TANANTA, SANTIAGO MANUIN VALERA, HÉCTOR ORLANDO REQUEJO LONGINOTE, RONAL REQUEJO JIMA y JOSÉ GILBERTO CHALE ROMERO (**como instigadores**), JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ, PEPE SAKASH ETSAM, DAVID LIZANA LINARES, LALO FLORES TANTARICO, JOSÉ PÍO CÓRDOBA BARCO, RUFINO SINGUANI MARIC, LEONARDO ASACHA CASENTA, JOSÉ YUU PETSAIN, MILQUIADES PINTADO HUAMÁN, EDGAR DÍAZ SILVA, HILDEBRANDO ALVARADO GUERRERO, AURELIO KAJEKUI ANTUN GENEBERARDO ALVARADO ZURITA, MOISÉS GARCÍA JIMÉNEZ, JUAN CLÉVER JIMÉNEZ QUINTANA, GUILLERMO SÁNCHEZ TORRES, EDISON MASHINGASH TI, SABINO PIZANGO UNUP, EDUARDO ENTSAKUA YUUK, SIXTO DEKENTAI REÁTEGUI, BERNABÉ NAMPAG KISTUG, GUZMÁN PADILLA DÍAZ, HELCIAS CUMBIA ALTAMIRANO, ALEJANDRO ARRAIZA PEÑA, SANDRA ANITA QUINCHO CRUZ, NOÉ FERNÁNDEZ RIMARACHÍN, CONFESOR MESONES DOMÍNGUEZ, ALCIBÍADES DOMINGO PUANCHÓN, JULIO DÍAZ CARRERO, LISANDRO CAMACHO CHINININ, ANÍBAL MEDINA LACHOS, JOSÉ SANTOS NEIRA MELÉNDEZ, JOSÉ DE LA CRUZ ROJAS CIEZA, ROGELIO ELMER ROJAS CARRILLO, SIXTO TINEO TINEO, ROLDÁN ENTSAKUA YUUK, MARIO WEEPIO PERALES, DANNY LÓPEZ SHAWIT, MARIANO MAYAK PAYASH, SEGUNDO RAÚL PARIATON JARA, ALBERTO ALBERTA MELÉNDEZ, BENITO SOTO ORTEGA y LUÍS YAGKUG VÍLCHEZ (**como autores directos**) por el **delito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, en su modalidad de motín**, previsto en el artículo 348 del Código Penal.

c) SEGUNDO ALBERTO PIZANGO CHOTA, JOEL SHIMPUKAT ATASUA, LEO TIMIAS TANANTA, SANTIAGO MANUIN VALERA, HÉCTOR ORLANDO REQUEJO LONGINOTE, RONAL REQUEJO JIMA y JOSÉ GILBERTO CHALE ROMERO (**como instigadores**), JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ, PEPE SAKASH ETSAM, DAVID LIZANA LINARES, LALO FLORES TANTARICO, JOSÉ PÍO CÓRDOBA BARCO, RUFINO SINGUANI MARIC,

LEONARDO ASACHA CASENTA, MILQUIADES PINTADO HUAMÁN, EDGAR DÍAZ SILVA, HILDEBRANDO ALVARADO GUERRERO, AURELIO KAJEKUI ANTUN, GENEBERARDO ALVARADO ZURITA, MOISÉS GARCÍA JIMÉNEZ, JUAN CLÉVER JIMÉNEZ QUINTANA, GUILLERMO SÁNCHEZ TORRES, EDISON MASHINGASH TI, SABINO PIZANGO UNUP, EDUARDO ENTSAKUA YUUK, SIXTO DEKENTAI REATEGUI, BERNABÉ NAMPAG KISTUG, GUZMÁN PADILLA DÍAZ, HELCIAS CUMBIA ALTAMIRANO, ALEJANDRO ARRAIZA PEÑA, SANDRA ANITA QUINCHO CRUZ, NOÉ FERNÁNDEZ RIMARACHÍN, CONFESOR MESONES DOMÍNGUEZ, ALCIBÍADES DOMINGO PUANCHÓN, JULIO DÍAZ CARRERO, LISANDRO CAMACHO CHINININ, ANÍBAL MEDINA LACHOS, JOSÉ SANTOS NEIRA MELÉNDEZ, JOSÉ DE LA CRUZ ROJAS CIEZA, ROGELIO ÉLMER ROJAS CARRILLO, SIXTO TINEO TINEO, ROLDÁN ENTSAKUA YUUK, MARIO WEEPIO PERALES, DANNY LÓPEZ SHAWIT, MARIANO MAYAK PAYASH, SEGUNDO RAÚL PARIATÓN JARA, ALBERTO ALBERTA MELÉNDEZ, BENITO SOTO ORTEGA y LUÍS YAGKUG VÍLCHEZ (**como autores directos**) por el **delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de disturbios**, previsto en el artículo 315, primer párrafo, del Código Penal, modificada por la Ley N.º 28820.

d) FELICIANO CAHUASANA ROLIN, RONAL REQUEJO JIMA Y DANNY LÓPEZ SHAWIT (**como autores directos**) por el **delito contra la seguridad pública, en su modalidad de tenencia ilegal de arma de fuego**, previsto en el artículo 279 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo número 898, en perjuicio del Estado peruano.

II. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta Sede Suprema.

S. S.

CASTAÑEDA OTSU

SYCO/ejscd