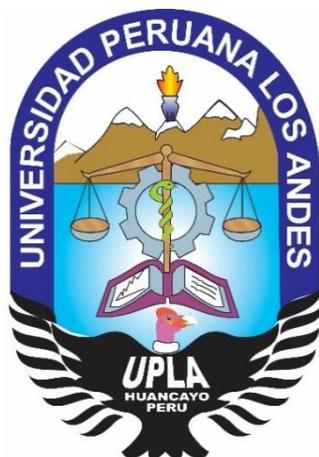


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

La aplicación del convenio 169 de la OIT sobre miembros de pueblos originarios en la fundamentación de sentencias penales del delito de secuestro, asesinato en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017

Para optar : El Grado Académico de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas, mención: Ciencias Penales
Autor : Bach. Alejandrina María, Baltazar Carbajal
Asesor : Dr. Vladimir Orihuela Rojas
Línea de investigación : Desarrollo Humano y Derechos
Institucional
Fecha de inicio y Término de investigación : Diciembre 2017 – enero 2021

HUANCAYO-PERÚ

2021-ENERO

MIEMBROS DEL JURADO



Dr. Aguedo Alvino Bejar Mormontoy
Presidente



Mg. Julio Cesar Lagones Espinoza
Miembro



Mg. Faustino Raul Cuffi Seguil
Miembro



Mg. Richard Mario Tello Llantoy
Miembro



Dr. Uldarico Inocencio Aguado Riveros
Secretario Académico

ASESOR DE LA TESIS

DR. VLADIMIR ORIHUELA ROJAS

DEDICATORIA

A mis padres por su eterno apoyo y a mi familia por su comprensión en esta ardua tarea

AGRADECIMIENTO

Agradecer en primer lugar, a mi Asesor que sin su apoyo y consejo no se hubiera concluido este trabajo. En segundo lugar, al Poder Judicial, por el acceso a la información, trabajo que no fue nada sencillo.

CONTENIDO

	Pág.
CARÁTULA	i
MIEMBROS DEL JURADO	ii
ASESOR DE LA TESIS	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
CONTENIDO	vi
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xii

CAPÍTULO I**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1.1. Descripción de la realidad problemática	18
1.2. Delimitación del problema	20
1.2.1. Delimitación temporal	20
1.2.2. Delimitación espacial	20
1.2.3. Delimitación social	20
1.2.4. Delimitación conceptual	20
1.3. Formulación del problema	21

1.3.1. Problema General	21
1.3.2. Problemas Específicos	21
1.4. Justificación	21
1.4.1. Social	21
1.4.2. Teórica	22
1.4.3. Metodológica	23
1.5. Objetivo	23
1.5.1. Objetivo General	23
1.5.2. Objetivos Específicos	24

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	25
2.1.1. Nacionales	25
2.1.2. Internacionales	26
2.2. Bases teóricas o Científicas	26
2.2.1. Teoría del sistema monista	26
2.2.2. Teoría del sistema pluralista	27
2.3. El pluralismo jurídico en el Perú	31
2.4. La protección y el respeto a la diversidad cultural	39
2.5. La responsabilidad penal de las personas con pautas culturales diferentes	40

2.6. La conveniencia de la aplicación de la jurisdicción especial en los delitos de secuestro y asesinato (Delitos en virtud de una organización)	41
2.7. Las implicancias dogmáticas del error de prohibición, algunos alcances del error culturalmente condicionado y su relevancia en el tema en cuestión	51
2.8. Marco conceptual	52

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis General	55
3.2. Hipótesis Específica	55
3.3. Variables	56

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Método de investigación	58
4.1.1. Métodos generales de la investigación	58
4.1.2. Métodos particulares de la investigación	58
4.2. Tipo de investigación	58
4.3. Nivel de investigación	59
4.4. Diseño de investigación	59
4.5. Población y muestra	59
4.5.1. Población	59

4.5.2. Muestra	60
4.5.3. Técnica de muestreo	60
4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	60
4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	61
4.8. Aspectos éticos de la investigación	61
CAPÍTULO V	
RESULTADOS	
5.1. Descripción de resultados	62
5.2. Contrastación de hipótesis	65
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	74
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES	88
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90
REFERENCIA JURISPRUDENCIAL	94
ANEXOS	96
Matriz de consistencia	97
HOJA DE RECOLECCIÓN DE DATOS: CUESTIONARIO	99

RESUMEN

El Plan de Investigación parte del **Problema:** ¿De qué manera la aplicación de las normas de la OIT 169 sobre pueblos originarios influye en la fundamentación de sentencias penales del delito de secuestro, asesinato, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central la Merced, 2014-2017? siendo el **Objetivo: Determinar** De qué manera la aplicación de las normas de la OIT 169 sobre pueblos originarios influye en la fundamentación de sentencias penales del delito de secuestro, asesinato, en la 1ra Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central la Merced, 2014-2017; **Hipótesis General:** Los señores jueces superiores de la Corte de la Selva Central-la Merced, durante los años 2014 y 2017, al momento de expedir sus sentencias, éstos no han venido aplicando el Convenio 169 de la OIT para fundamentar su incompetencia. Desconociendo su autonomía la misma que es reconocida por la constitución. La investigación se ubica dentro del **Tipo** Empírico; en el **Nivel EXPLICATIVO**; Se utilizó para contrastar la Hipótesis, **los Métodos**, INDUCTIVO-DEDUCTIVO, y el Analítico-Sintético; asimismo, de los Métodos Particulares como: Exegético, Sistemático y, el dogmático: Con un **Diseño** Descriptivo Simple, con una Muestra ascendente a 44 sentencias penales y un Tipo de **Muestreo** Probabilístico Simple. Para la Recolección de Información se utilizará recolección de datos, Análisis Documental, Análisis de Sentencias Penales; llegándose a **la conclusión** de que, los señores Jueces Superiores, no toman en cuenta las normas internacionales de la OIT sobre Pueblos Originarios para fundamentar sus sentencias en los que se encuentran miembros de pueblos originarios.

PALABRAS CLAVE: Monismo jurídico, pluralismo jurídico, secuestro, asesinato.

ABSTRACT

The Investigation Plan starts from the Problem: How does the application of ILO standards 169 on indigenous peoples influence the foundation of criminal sentences for the crime of kidnapping, murder, in the 1st Criminal Chamber of the Superior Court of Justice of the Superior Court of the Central Forest la Merced, 2014-2017? being the Objective: To determine In what way the application of the norms of the ILO 169 on native peoples influences the foundation of criminal sentences of the crime of kidnapping, murder, in the 1st Criminal Chamber of the Superior Court of Justice of the Superior Court of the Central Forest la Merced, 2014-2017; General Hypothesis: From 2014 to 2017 the judges of the Supreme court La Merced –Central jungle, have not been applying ILO Convention 169 when they issued court judgments in order to fundament their incompetence without acknowledging their autonomy, wich is widely recognized by the Constitution. The superior judges of the Superior Court of Justice of the Central Forest-la Merced, during the years 2014 and 2017, at the time of issuing their sentences, they have not been applying ILO Convention 169 to substantiate their incompetence. The Research is located within the Empirical Type; at the EXPLANATORY Level; It will be used to test the Hypothesis, Methods, INDUCTIVE-DEDUCTIVE, and Analytical-Synthetic; also, of the Particular Methods such as: Exegetic, Systematic and, the dogmatic: With a Simple Descriptive Design, with a Sample ascending to 44 criminal sentences and a Simple Probabilistic Sampling Type. For the Collection of Information Surveys and Documentary Analysis, Analysis of Criminal Sentences will be used; concluding that, the Supreme Judges, do not take into account the international norms of the ILO on Original Peoples to base their sentences on which members of native peoples are found.

KEYWORDS: Legal monism, legal pluralism, kidnapping, murder.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país el derecho consuetudinario es apreciable en gran medida cuando se ejerce justicia en las comunidades amazónicas y andinas. En este sentido, se pretende ofrecer una teoría y un estudio sistemático sobre el tema en cuestión ¿De qué manera la aplicación de las normas de la OIT 169 sobre pueblos originarios influye en la fundamentación de sentencias penales del delito de secuestro, asesinato, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central La Merced, 2014-2017?, en el convencimiento propio de que no es posible una praxis satisfactoria y adecuada sin un óptimo tratamiento teórico de los problemas.

El Perú al ser un país multicultural, pluriétnico, en otras palabras, rico culturalmente. En tal contexto se pueden apreciar conflictos de orden judicial. Toda vez que, en ese intercambio cultural, la existencia de esa diversidad hace posible la existencia de los conflictos.

El tema en cuestión que hoy nos convoca atañe a aquellas discusiones y problematizaciones que acontecen contemporáneamente cuando se trata de aplicar normas penales, de subsumir diversos sucesos fácticos en tipos penales, y del respeto y autonomía que presentan las jurisdicciones especiales. En esa línea nos preguntamos ¿hasta dónde es factible la intromisión del sistema ordinario en el sistema especial? Un ejemplo trivial y hasta paradigmático puede explicar dicha idea. En un pueblo de la selva central, aprenden a un sujeto “brujo” a quien le irrogan, atribuyen las consecuencias de la comunidad, de sufrir pérdidas, daños en sus cosechas. Lo trasladan a un cuarto, le propinan chalanqueadas (una suerte de castigo) para que diga, en donde enterró sus trabajos. Posteriormente, obtenida la respuesta, lo matan. Claramente en este supuesto, salen a flote otras reflexiones, tales como: ¿Hasta qué punto ese hecho, reviste interés jurídico-penal?, ¿deberán ser reprochados penalmente los sujetos que acabaron con la vida de esta persona?, o ¿es que se ha producido una suerte de ejercicio autónomo de justicia por parte de los miembros de dicha comunidad en la resolución

de conflictos; que va a derivar en una no punición (irresponsabilidad de los intervinientes en dicho injusto penal).

Ahora bien, del ejemplo planteado, desde el punto de vista del derecho penal, se han cometido una serie de delitos. Nos referimos a delitos de dominio, dentro de los que podemos encontrar: “el delito de secuestro” y “el delito de asesinato”. Sin embargo, desde el punto de vista de la jurisdicción especial o de la justicia especial, consideramos que no nos encontramos ante injustos penales atribuibles o imputables para los miembros de dicha comunidad. De lo antes mencionado, se debe tener en cuenta que un hecho, tiene dos formas de resolverse, esto a partir de qué sistema impera o desde el punto de vista de quienes administran justicia.

Es conveniente precisar que las normas internacionales y las normas nacionales, van a brindar instrumentos legales a los funcionarios o servidores públicos a fin de que brinden una solución racional y adecuada a una determinada controversia, teniendo como horizonte el valor justicia. En ese sentido, lo que se pretende en esta tesis es, a través de tales normas, tanto internacionales como nacionales, ofrecer y someter a su consideración algunas reflexiones de una mejor manera de resolver los conflictos penales.

Bajo este contexto la presente tesis se plantea como **Problema General** lo siguiente: ¿De qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales influye en la fundamentación de sentencias penales, sobre delitos de secuestro y asesinato, expedidas por la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central-Merced, 2014-2017?: **Justificándose Teóricamente** de modo siguiente: El tema en cuestión es altamente relevante teóricamente porque, nos permite contrastar dos sistemas normativos, en primer lugar, el sistema jurídico penal, y por el otro el sistema de pueblos originarios. Por tanto, el aporte teórico, es establecer los grados de competencia entre uno y otro sistema, a partir de normas internacionales que establecen los marcos de acción de cada uno de los sistemas.

Asimismo hemos de buscar precisar y realzar La protección y el respeto a la diversidad cultural; además atañe una importancia considerable en este sentido la cuestión de “La responsabilidad penal de las personas con pautas culturales diferentes”; la conveniencia de la aplicación de la jurisdicción especial en los delitos de secuestro y asesinato (delitos en virtud de la propia organización), Las implicancias dogmáticas del error de prohibición, asimismo, algunos alcances del error culturalmente condicionado y su relevancia en el tema en cuestión., en ese sentido será entonces menester obligatorio someter consideraciones dogmáticas y aproximaciones propias del tema que en esta oportunidad nos convoca.

Con esto estamos colocando sobre el tapete la importancia de que estas personas puedan ejercer una jurisdicción especial, que por derecho consuetudinario les corresponde. También propondremos una nueva categoría interpretativa, la cual consiste en el desarrollo teórico del sistema pluralista del derecho penal. Cuestionando el sistema positivista del derecho penal y, valorando, en contraposición al primero, el sistema holístico o integral del derecho penal. Particularmente del sistema normativo de pueblos originarios.

Así mismo se determinó la **Justificación Social** en el sentido siguiente: El tema de investigación es relevante socialmente en la medida que la sanción que reciben los miembros de pueblos originarios, debe estar acorde a sus ámbitos de desarrollo y actividad, más no así, a criterios propios del sistema penal positivo.

En este sentido, el aporte social, recae en el reconocimiento de las sanciones que aplican los miembros de pueblos originarios a sus miembros o extraños. Con ello se busca mitigar el abuso que se viene cometiendo de parte del sistema penal, a las comunidades nativas y ashaninkas. Tomando siempre en cuenta el reconocimiento que sobre ellos le hace el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales; de igual forma como su **Justificación Metodológica** consistente en: Metodológicamente se dará un aporte al diseñar, construir y

validar instrumentos de recolección de datos, entre los que destaca el análisis documental, el cual tiene como propósito, recoger información de los textos y sentencias, para después ser procesadas. Dicho aporte metodológico deberá ser contrastada además con los datos estadísticos.

El **Objetivo General** de la investigación Determinar de qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales influye en la fundamentación de sentencias penales, sobre delitos de secuestro y asesinato, en la 1ra Sala Penal de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017.

En el **Marco Teórico** se desarrolló los aspectos Generales consistentes en: i. Los antecedentes referidos a la investigación; ii. En segundo lugar, el desarrollo teórico de los sistemas normativos reconocidos por el Estado.; iii. En tercer lugar, La protección y respeto a la diversidad cultural; iv. En cuarto lugar, La responsabilidad penal de las personas con pautas culturales diferentes.; v. En quinto lugar, la conveniencia de la aplicación de la jurisdicción especial en los delitos de secuestro y asesinato (delitos en virtud de la propia organización). Vi. En sexto lugar, Las implicancias dogmáticas del error de prohibición, vii. En séptimo lugar, algunos alcances del error culturalmente condicionado y su relevancia en el tema en cuestión. Viii. En octavo lugar; consideraciones propias

A. Se planteó como **Hipótesis General** que: Los señores jueces superiores de la Corte de la Selva Central-la Merced, durante los años 2014 y 2017, al momento de expedir sus sentencias, éstos no han venido **aplicando** el Convenio 169 de la OIT para fundamentar su incompetencia. Desconociendo su autonomía, la misma que es reconocida por la Constitución; siendo su **Variable Independiente:** Convenio de la OIT 169 sobre pueblos originarios y tribales, **Variable Dependiente:** Fundamentación de sentencias penales, delito de secuestro, delito de asesinato.

La presente Tesis pertenece al tipo de investigación básica o pura, con un **Nivel de Investigación Explicativo** y para su realización se utilizó como **Métodos Generales de Investigación**: El método inductivo-deductivo, método analítico-sintético, y como **Métodos Particulares** se utilizó: el Método Exegético, método sistemático. El **Diseño empleado** fue: No experimental transeccional; **La Muestra** utilizada fue de 44 sentencias penales expedidas por los jueces penales de la 1ra Sala Penal de la Merced, ello se llevó a cabo bajo el procedimiento para calcular el tamaño de la misma. **La Técnica de Muestreo** fue Aleatorio Simple; se aplicó la técnica del análisis documental y la observación no participante.

En este orden de ideas la presente tesis se encuentra estructurada en V capítulos:

- El primer capítulo denominado “Planteamiento de la Investigación”, las mismas que son desarrolladas con puntualidad y precisión.
- El segundo capítulo denominado “Marco Teórico”, donde se expone los antecedentes, las bases teóricas científicas (Teoría del sistema monista, y teoría del sistema pluralista), La protección y respeto a la diversidad cultural; La responsabilidad penal de las personas con pautas culturales diferentes.; la conveniencia de la aplicación de la jurisdicción especial en los delitos de secuestro y asesinato (delitos en virtud de la propia organización), Las implicancias dogmáticas del error de prohibición, asimismo, algunos alcances del error culturalmente condicionado y su relevancia en el tema en cuestión., en ese sentido será entonces menester obligatorio someter consideraciones propias del tema que en esta oportunidad nos convoca.
- El tercer capítulo titulado “Metodología de la Investigación”, donde se describe el Tipo y Nivel de Investigación Científica y los Métodos de Investigación utilizados en el desarrollo de la Investigación.

- El cuarto capítulo referido a los “Resultados de la Investigación” describiéndose los resultados obtenidos del análisis documental y de las encuestas planteadas a los señores jueces penales de la 1ra Sala Penal de la Selva Central.
- El quinto capítulo titulado “Discusión” donde se realizó la contrastación de los resultados de la investigación con las hipótesis específicas diseñadas en la investigación.

Debiendo precisar que si este trabajo encierra alguna utilidad para quienes de una u otra forma se aproximen al estudio y aplicación del tema sobre el tapete, desbrozando de esta manera parte del camino que la doctrina y la jurisprudencia tienen por delante en tan novísima materia, habrá cumplido los fines que el autor de este trabajo anhela y por lo que se decidió a realizar tal propuesta.

LA AUTORA

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El mayor problema por el cual atraviesa nuestro sistema jurídico penal es el referido a los casos en donde, los miembros de pueblos originarios son sometidos al sistema de justicia ordinario. Se suele mencionar como uno de los problemas, el que dichas personas, esto es, miembros originarios que hayan cometido algún delito o, como en nuestro caso, los delitos de secuestro y asesinato.

El sistema judicial ordinario hace algunos años, para ser más específicos hace 10 años que viene, como política judicial, llevando a cabo Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural, en el cual, discuten si el sistema de la “justicia especial”, son competentes para resolver sus conflictos, resolver delitos de gravedad o vistos desde nuestra perspectiva como delitos graves, entre los que destaca sin lugar a dudas el delito de “asesinato”. En dichos congresos no se ha logrado llegar a un consenso. Con lo cual, el objetivo de consolidar y construir un enfoque, desde el Poder Judicial se ha visto desmoronado, se ha visto imposible de cumplirse.

Este problema aún hoy presenta serias deficiencias, tanto por la formación del administrador de justicia, es decir, por los operadores del sistema de justicia, en lo que se hayan comprendidos los Jueces, Fiscales, Policías, ello en primer lugar; en segundo lugar, por la misma desidia del Estado, quien, no ha cumplido con institucionalizar las normas internacionales a los cuales se ha adherido.

Todas estas normas deberían ser cumplidas y aplicadas por los jueces al momento de resolver los conflictos jurídicos, en lo que, se encuentran inmersos los miembros de

pueblos originarios. Pues es obligación, no solo de los jueces, sino que, es competencia de todos los integrantes de la administración de justicia.

El Poder Judicial en su esfuerzo de querer establecer una adecuada coordinación entre el sistema de administración especial y el sistema de administración ordinaria (Poder Judicial), ha llevado a cabo tales Congresos, pero como ya hemos señalado, aún hoy no se tiene efectos reales, si bien, algo se ha hecho, aún resulta insuficiente. Los señores Jueces aún imbuidos de una formación positivista, normativista, monista, no ha logrado entender que en nuestra Constitución reconoce dos sistemas de administración de justicia. En primer lugar, se tiene la formación formal y, en segundo lugar, se tiene el sistema especial.

En tal sentido, frente a un proceso penal, en donde, un miembro que pertenece a una cosmovisión diferente, a un sistema de administración diferente, se debe tener en cuenta los alcances, no solo del artículo 149 de la Constitución, sino, también se debe tomar en cuenta las normas internacionales, las cuales, establecen que, frente a ese tipo de fenómenos jurídicos, dicha persona debe merecer una atención preferencial.

Por parte, si dicho sistema especial, ha decidido resolver sus propios conflictos, el sistema ordinario debe inhibirse de conocer y procesar dichas causas. En no muchos casos, éstos últimos no han llevado a cabo dicha acción, llegando a procesar y sentenciar a dichos integrantes.

En este contexto, es que se enmarca nuestra tesis, pues lo que busca establecer, indicar, es que, los jueces de la Selva Central, no vienen aplicando las normas internacionales que reconoce autonomía a los pueblos originarios, para que, puedan ellos resolver sus propios problemas.

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación temporal

La presente tesis tuvo como delimitación temporal, las sentencias expedidas durante los años 2014-2017, emitidas por la Corte Superior de la Selva-Central-Merced.

1.2.2. Delimitación espacial

Las resoluciones objeto de estudio fueron las sentencias condenatorias recaídas en los delitos de asesinato y secuestro, expedidas por la 1ra. Sala Superior de la Corte Superior de la Selva Centra-Merced.

1.2.3. Delimitación social

Las sentencias que se han sido revisadas son las referidas al delito de asesinato y secuestro, cometido por miembros de pueblos originarios, particularmente el referido a la aplicación de normas internacionales en tales casos. En ese sentido, examinar si los jueces superiores han desarrollado aspectos teóricos en dichas decisiones judiciales, con la finalidad de respetar la condición de ser miembro de un pueblo originario.

1.2.4. Delimitación conceptual

Asesinato

Secuestro

Pueblo originario

Miembros de pueblos originarios

Cultura

Costumbre

Error culturalmente condicionado

Imputación objetiva

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema General

¿De qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales influye en la fundamentación de sentencias penales, sobre delitos de secuestro y asesinato, expedidas por la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced 2014-2017?

1.3.2. Problemas Específicos

- ¿De qué forma la aplicación del artículo 149 de la Constitución Política del Estado influye en la expedición de sentencias penales del delito de secuestro, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced 2014-2017?
- ¿De qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales influye en las Disposiciones de Acusación por el delito de Secuestro, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced 2014-2017?
- ¿De qué manera la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas influye en la negación del sistema forma de Administración de Justicia de la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced 2014-2017?

1.4. Justificación

1.4.1. Social

El tema de investigación es relevante socialmente en la medida que la sanción que reciben los miembros de pueblos originarios, deben estar acorde a sus ámbitos de desarrollo y actividad, más no así, a criterios propios del sistema penal positivo.

En este sentido, el aporte social, recae en el reconocimiento de las sanciones que aplican los miembros de pueblos originarios a sus miembro o extraños. Con ello se busca mitigar el abuso que se viene cometiendo, de parte del sistema penal, a las comunidades nativas y ashaninkas. Tomando siempre en cuenta el reconocimiento que sobre ellos le hace el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

1.4.2. Teórica

El tema de investigación es relevante teóricamente porque, nos permite contrastar dos sistemas normativos, en primer lugar, el sistema jurídico penal, y por el otro el sistema de pueblos originarios. Por tanto, el aporte teórico, es establecer los grados de competencia entre uno y otro sistema, todo esto a partir de normas internacionales que establecen los marcos de acción de cada uno de los sistemas.

También propondremos una nueva categoría interpretativa, la cual consiste en el desarrollo teórico del sistema pluralista del derecho penal. Cuestionando el sistema positivista del derecho penal y, valorando, en contraposición al primero, el sistema holístico o integral del derecho penal. Particularmente del sistema normativo de pueblos originarios.

Cuestionaremos el sistema normativo del derecho positivo, particularmente en temas relacionados con el derecho penal.

El aporte teórico consiste precisamente en desarrollar sistemática y ordenadamente el sistema normativo de los pueblos originarios, tomando en cuenta el 169 de la OIT sobre pueblos originario, y proponer bases jurídicas y “filosóficas” para una mejor aplicación y desarrollo del derecho nacional.

Conviene además preciar aproximaciones dogmáticas en lo que atañe a la responsabilidad de las personas con pautas culturales diferentes, aquellas que ejercen muchas veces una jurisdicción especial, debiendo considerar en este trabajo delitos en virtud de la propia organización como es el caso de los delitos de secuestro y asesinato, siendo estos injustos penales los que tienen mayor incidencia dentro de las comunidades campesinas y nativas de nuestro país.

1.4.3. Metodológica

Metodológicamente se dará un aporte al diseñar, construir y validar instrumentos de recolección de datos, entre los que destaca el análisis documental, el cual tiene como propósito, recoger información de los textos y sentencias, para después ser procesadas. Dicho aporte metodológico deberá ser contrastada además con los datos estadísticos.

1.5. Objetivo

1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales influye en la fundamentación de sentencias penales, sobre delitos de secuestro y asesinato, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central-Merced, 2014-2017.

1.5.2. Objetivos Específicos

1. **Establecer** de qué forma la aplicación del artículo 149 de la Constitución Política del Estado influye en la expedición de sentencias penales del delito de secuestro, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017.
2. **Establecer** de qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales influye en las Disposiciones de Acusación por el delito de Secuestro, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017.
3. **Establecer** de qué manera la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas influye en la negación del sistema forma de Administración de Justicia de la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. Nacionales

Tassara, (2013). Tesis titulada: “Una Interpretación Multicultural del artículo 149 de la Constitución”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Llegando a las siguientes conclusiones:

En el Perú, el derecho a la “identidad étnica y cultural” ha sido recogido primigeniamente en la Constitución de 1993 (artículo 2, inciso 19). Este hecho constitucional supone el reconocimiento de nuestro país como una sociedad pluriétnica" y pluricultural; lo que se traduce en la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural. De ahí que la voluntad constitucional expresada en el referido artículo 2° inciso 19 sea reforzada por el artículo 89° cuando en su parte in fine establece que “el Estado respeta la identidad cultural de la Comunidades Campesinas y Nativas...”

2.1.2. Internacionales

De la búsqueda digital llevada a cabo durante, tanto de la presentación del proyecto de tesis, como del desarrollo mismo de la presente tesis, no se ha podido ubicar antecedentes internacionales de tesis de posgrado. Ninguna referencia internacional en cuanto al planteamiento de las preguntas llevada a cabo.

2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS

2.2.1. Teoría del sistema monista

Entendido de esta manera, la potestad de administrar justicia, se desprende de la autoridad organizativa del Estado. En tal sentido, es el Estado el único que ostenta la facultad de administrar justicia a través de los señores jueces. Cualquier tipo de injerencia o usurpación a dicha función de administrar justicia, sería reprimido penalmente, por el tipo penal de usurpación de funciones. En tal sentido, solo la autoridad debidamente reconocida podría resolver los conflictos de las personas.

Así las cosas, para esta teoría monista del derecho, será “derecho” únicamente lo dado por el Estado. Desde esta perspectiva, solo se concibe como sistema normativo, al derecho impuesto por el Estado o, delegado a los poderes que ella misma indique. En este punto se presentan los tres poderes del Estado: el poder ejecutivo, el poder legislativo y por último el poder judicial. Así las cosas, se puede mencionar que, las normas que no han sido producidas por el Estado no presentan poder vinculante u obligatorio para todos los ciudadanos. Toda vez que, es el Estado el único ente capaz de dar, promover y publicar las normas de carácter vinculante a todos los ciudadanos.

Este tipo de sistema normativo parte de la figura del Estado-Nación. Entendiéndose por Nación, la constitución de un solo pueblo, con la identificación de un solo idioma oficial, de un pueblo que ostenta una sola identidad cultural.

En tal sentido, el Estado se entiende como una unidad, una homogeneidad social, cultural. Dicha concepción de Estado, aplicado a una realidad como la nuestra, trae como consecuencia la proliferación o mantenimiento de conflictos, de indiferencia o lo que es lo mismo de marginación. Creando con ello, la exclusión de

sociedades que, perteneciendo a un mismo Estado, geopolítico y jurídico, se hayan desplazado o, en ciertos casos, hasta marginados como miembros de una misma nación.

Desplazandolos muchas veces de los canales propios que tiene dichos miembros de pueblos originarios de resolver sus propios conflictos, llevandolos al sistema jurídico positivo, el cual le impone no solo una sanción, sino la sanción de ser procesados en un sistema en cual no se han identificado o, peor aún, a un sistema donde no le han reconocido sus propias instituciones.

A modo de reflexión, podríamos decir que, este sistema monista del derecho, ha tenido mucha vigencia en buena parte de nuestra joven República, generando estragos en sus habitantes, pues con ello, se vulneraban derechos de sus ciudadanos. Se tenía invicibilizados a los miembros de los pueblos originarios, se les consideraba como miembros de tercera categoría. Este sistema, negaba cualquier atisbo de reconocimiento o validez de tales formas de resolución de conflictos, distintas de ellas.

2.2.2. Teoría del sistema pluralista

Primero debemos hacer algunas precisiones conceptuales entre “**pluralidad**” y “**pluralismo**”, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos.

En razón de su significación contemporánea, importa tener una noción clara de qué es el pluralismo normativo, sus causas determinantes, distinciones y sus actores.

Así, el concepto de Pluralismo significa que, junto al sistema normativo estatal, existen otros sistemas normativos autónomos e independientes que operan de forma paralela y alternada.

Partiendo de esta concepción, se resaltan algunas de las causas determinantes para la aparición del pluralismo jurídico. Examinando más atentamente el fenómeno, apunta el profesor de Coimbra, Boaventura de Sousa Santos, (1988) que el surgimiento del pluralismo legal reside en dos situaciones concretas, con sus posibles desdoblamientos históricos:

Avanzando con la presente investigación, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas normativas que pueden existir en la sociedad. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder político estatal, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes normativas distintas que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta, prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o comunidades culturales lingüísticas plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado. (Vanderline, 1972, p. 22-26)

Ahora bien, "... en el contexto de una sociedad abierta al pluralismo, el artículo 2.19 de la Constitución reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, lo cual obedece a la presencia de una gran diversidad que es producto de los procesos históricos y geopolíticos que han caracterizado al Estado peruano. Este pluralismo, además se refleja en muchos ámbitos de la dinámica social, tal y como ocurre, esencialmente, en el caso de la normatividad y la función jurisdiccional. De esta forma es posible notar su influencia en la coexistencia de diversos sistemas

normativos (no necesariamente jurídicos) en un mismo territorio. Evidentemente, la presencia de distintas concepciones y cosmovisiones del mundo conduce, inexorablemente, al surgimiento de diversas de conflictos, y es en ese momento en que el derecho adquiere un rol particularmente relevante como instrumento para su resolución. (Exp. N° 02765-2014-PA/TC. Amazonas, caso Carmen Zelada Requelme y otros. Fundamento N° 10).

Siguiendo esa misma pauta, de saber y poder identificar la concepción del pluralismo jurídico, se debe aspirar a entender de algunas características propias de dicha cosmovisión andina. La misma sentencia de Tribunal Constitucional, se pronuncia al respecto.

“En esa trascendental labor, consistente en la determinación de qué prácticas o creencias deben ser legitimadas, lo complejo radica en identificar un sistema de justificación superior que nos permita deslindar lo constitucionalmente prohibido de lo permitido. Y es que resulta importante resaltar que el reconocimiento del principio de igualdad de reconocimiento y trato de las distintas culturas y etnias no implica necesariamente, una absoluta neutralidad estatal, la cual implicaría que el Estado permanezca inactivo e indiferente frente a cualquier manifestación o práctica que pueda atentar contra los derechos fundamentales o cualquier otro bien constitucionalmente relevante, lo cual, en el marco de un Estado Constitucional, debe ser vedado, pues el deber de tutela exige que las autoridades no solo se abstengan de cometer vulneraciones de los principios y valores protegidos por la Constitución, sino también garantizar que ello no se plasme en las relaciones **inter privados ...**” (Exp. N° 02765-2014-PA/TC. Amazonas, caso Carmen Zelada Requelme y otros. Fundamento N°. 11)

Pues bien, para dar un alcance más jurisdiccional, debemos remitirnos al caso “tres islas”. Caso en el que, entre otros temas, se ha precisado o en todo caso, se ha definido que se entiende por multiculturalismo. Así las cosas, describiremos lo señalado por el Tribunal Constitucional.

“El multiculturalismo puede ser comprendido por dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que, en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarias y ancestrales del Perú” [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional” (Exp. N° 01126-2011-HC/TC. Madre de Dios, Juana Griselda Payaba Cachique. Fundamento N°. 13)

En otro punto, es pertinente resalta también la presente sentencia expedida por el Tribunal Constitucional a fin de precisar, el reconocimiento del Estado a los pueblos indígenas.

“... debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión

objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente debe tenerse presente que el artículo 89° de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía será posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la represión de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Consejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas –término utilizado en el derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (Weltanschauung)”.

2.3. EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL PERÚ

A fin de cumplir con lo descrito líneas arriba, debemos empezar por mencionar las normas internacionales, dichas normas otorgan reconocimiento normativo a los pueblos originarios. Por tanto, todos los países firmantes de dichas convenciones, están en la obligación de cumplir lo regulado en ellas. “Interpretación de los derechos fundamentales: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se

interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

A fin de ser consistentes y sistemáticos en la descripción de las normas y, estando aún más, en referencia a nuestro tema de investigación, resulta prudente citar el contenido del preámbulo de dicho Convenio, a fin de saber y conocer, la razón de su promulgación:

“La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derecho económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los

Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indígena Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y después de haber decidido que dichas proposiciones revisten la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957,

Adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989”.

A decir de los artículos, se puede llegar a la conclusión de que, el sistema ordinario no puede, o, mejor dicho, no deben intervenir en asuntos que son de estricta competencia de los pueblos originarios. En ese sentido, al ejemplo citado al comienzo de esta investigación. El dar muerte al “brujo” para eliminar la causa de las desgracias del pueblo, se ven justificadas a partir de la aplicado su propia cosmovisión, tradición o costumbre.

En tal sentido nada debe hacer el sistema ordinario, pues ello, lo único que generaría sería un desconocimiento, un no respeto a su propio sistema de resolución de conflictos.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Documento que fue aprobada por la Asamblea General el 13 de setiembre de 2007.

“... Este documento se inicia con un Capítulo que, tras concretar su finalidad, define tanto sus beneficiarios como sus destinatarios. El siguiente Capítulo contiene una serie de reglas aplicables a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos. Posteriormente contiene aquellas reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición...”.

“(Regla 9º) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condiciones de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígena. Lo poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos originarios, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

(Regla 22°) La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurren alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(Regla 48°) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(Regla 49°) Además serán de aplicación las restantes medidas preventivas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta, asimismo, conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho de expresarse en el propio idioma”.

A nivel nacional partiremos en primer lugar por la Constitucional, seguidamente por el código Procesal Penal.

El tema se encuentra regulado en sus artículos 2°,19; 17°; 48°; 139°,8; y 149°. Para realizar una mejor descripción del mismo, debemos transcribir el contenido de cada uno de los artículos.

Artículo 2° inc.19: “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”

Artículo 89°: “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 prioridad 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.

Artículo 139.8º: “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

Artículo 149º: “Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

A decir de este punto, cabe mencionar que, en nuestro sistema judicial no se tiene aún incorporado los mecanismos de coordinación entre el sistema ordinario y el sistema especial. Problema que se hace patente más aún, cuando del legislativo no se tiene ninguna iniciativa menos el interés de dar normas que permitan esclarecer dicho vacío.

Por otro lado, dicha falta de coordinación trae como consecuencia que, muchos miembros de pueblos originarios, se vean involucrados en la pantanosa, cruel, trituradora y caótico sistema judicial. Asimismo, que se vean encarcelados, o se encuentren siendo procesados muchos de ellos lejos de su habitad, de su núcleo familiar. El cual, a todas luces, atentan contra su dignidad humana.

Sobre este punto pareciera que, el problema ya se hubiera resuelto, más, sin embargo, no es así, talvez por una interpretación literal del artículo 149° de la Constitución. La ley de Rondas Campesinas Ley N.° 27908, en su artículo 9° establece que, “Las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas **respetando las autonomías institucionales propias**” (Lo subrayado es nuestro).

Los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado”. Pareciera que, con éste artículo el asunto se hubiera resuelto, más, sin embargo, no es así. Quizá en este punto lo manifestado por el filósofo alemán Immanuel Kant, cobre mucho sentido, “Tal vez sea correcto en teoría, pero no para la práctica”. Dado que, lo esgrimido en dicha norma no se aplica como debería ser. Posiblemente porque los funcionarios públicos aún no han comprendido que no existe una relación de subordinación o una relación de verticalidad, sino, una relación horizontal, de equiparidad, entre ambos sistemas, tanto el de la justicia ordinaria, como el de la justicia especial.

Es posible suponer que, tal acontecimiento de incertidumbre, de falta de coordinación se deba a la falta de una norma que regule los alcances de la coordinación entre ambos. Consideramos que ello no es necesario, en tanto se aplique criterios convencionales. Como lo ya descritos líneas arriba. Si se entendiera que, ambos sistemas deben ser entendido no como alguno independiente, sino, como un conjunto y, se respetará las decisiones que ya han sido materia de pronunciamiento. No se recurriría a cuestiones de coordinación, pues lo único que ello acarrearía sería, un problema de reconocimiento, un problema de capacidad, si los miembros de pueblos originarios están en la aptitud intelectual de que ellos mismos puedan resolver sus problemas, algo que, para un sector de la judicatura como para un gran sector académico, no resulta siendo factible. Ello es

así, por cuanto, en la forma de aplicar sus propias costumbres, o, lo que para nosotros sería, su cosmovisión, no en muchos casos se atenta contra la dignidad humana. Es decir, vierten sobre el sujeto “castigos” físicos, o llegando incluso a quitarles la vida. Conceptos o apreciaciones que tienen un sentido puramente legalista, proteccionista, paternalista de un sistema, de un pensamiento ciudadano, localista, más no así de vivencia real, de permanencia en un sector de identidad andina o ashaninka.

El artículo 149° de la Constitución ha tenido un desarrollo no uniforme por nuestro máximo tribunal, se han decantado en muchas resoluciones por interpretaciones puramente literales, o, también por interpretaciones restrictivas. No obstante, ello es necesario su mención en la presente tesis, a fin de emitir una opinión favorable o no sobre el particular. Acuerdo Plenario 1-2009/ CJ-116.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podrías concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas –nacen de ellas e integran su organización-; y, en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel será meramente auxiliar o secundario. (...)

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se

diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a las normas y de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia- (...).

Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales (...), tiene características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes (...), y han definido (...) las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones”.

Fundamento 8. “En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto- son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender –en vía de integración- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán”. Punto que será descrito en el siguiente párrafo.

2.4. LA PROTECCIÓN Y EL RESPETO A LA DIVERSIDAD CULTURAL

Por esto, consideramos importante el nutrir, fortalecer estos espacios locales, sus actores de justicia, las diversas normas y procedimientos; descentralizar la justicia estatal, adecuarla a las dimensiones locales, desarrollar sistemas de coordinación. Será entonces

trabajo de todos el poder contar con un nuevo plan o diseño de los sistemas de justicia, que no sólo tenga como punto de partida una visión oficial; sino que tome muy en cuenta una visión pluralista, sobretodo y aquí quiero hacer énfasis “que surja de las diversas realidades locales”, luchando así para poder forjar una justicia, inclusiva, local y más realista a este tipo de circunstancias.

2.5. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS CON PAUTAS CULTURALES DIFERENTES

Tampoco será adecuado pensar en una sociedad sin derecho. Según lo antes aludido, no puede negarse que individuo y sociedad “se requieren y reclaman recíprocamente, de tal manera que sólo podemos hablar de individuo cuando estamos ante una sociedad, del mismo modo que no hay sociedad que no esté compuesta por individuos...” (Almoguera, p. 27). Tras una lectura juiciosa en la doctrina contemporánea que pone sobre el tapete este tema, podemos darnos cuenta rápidamente que, la utilización de los conceptos “salvaje” (artículo 44, código penal de 1924), (Villavicencio, p. 152)

Se debe precisar, que la política criminal del mencionado código penal al usar este tipo de acepciones o terminologías sostenía una concepción etnocéntrica que desconocía la normatividad y autonomía cultural de aquellas comunidades. Aquellos sujetos cuando cometían injustos penales poseían una condición de imputables relativos, lo que conllevaba a una punición atenuada o en otros casos a la imposición de medidas de seguridad.

Con el transcurrir del tiempo en los años cuarenta, Manuel G. Abastos (1949): afirmaba que “en vez de declarar la incapacidad absoluta del indio, la ley debe establecer junto a un principio común y general de capacidad penal (imputabilidad) unas cuantas excepciones de inimputabilidad”, (p. 28). Luego de sostener la creación de un derecho especial para el indígena, agregaba que “si hay que poner al indio en un plano de

incapacidad relativa, no es porque sea indio sino porque pertenece a una cultura diferente”, (Abastos, p. 28).

Según lo dispuesto por el profesor Villavicencio, (1990): Con el transcurrir del tiempo el legislador peruano consideró importante prescindir de la calificación de “inimputables”, (p.71). Es así que nuestro código penal (1991) asumió en su artículo 15 una nueva forma de error, nos referimos al “error culturalmente condicionado”, que necesariamente debería contener supuestos de conciencia disidente. Debemos sostener que no todos los supuestos de condicionamiento cultural tengan como vía de solución el error, pues éste nos puede conducir a otras modalidades de error, ya sean de error de tipo y de prohibición.

La presente investigación atañe contenido teórico referido al ejercicio de la jurisdicción especial en sintonía con el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario, que hace legítimo su accionar en los límites señalados en el artículo 149 de la constitución, aunque hasta el momento no exista la ley de coordinación, (Existe un Pre-dictamen de la comisión de justicia y derechos humanos del congreso de la república recaído en los proyectos de ley 822/2001-CR y 3410/ 2002- CR que propone regular la función jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas (10 de diciembre de 2003).

2.6. LA CONVENIENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL EN LOS DELITOS DE SECUESTRO Y ASESINATO (DELITOS EN VIRTUD DE UNA ORGANIZACIÓN)

En esta parte del trabajo conviene precisar alcances dogmáticos de los delitos (secuestro y asesinato), que como hemos aludido con anterioridad presentan mayor incidencia en comunidades nativas, será entonces menester obligatorio recurrir a los escritos de la doctrina contemporánea dominante, en los podemos encontrar a los del

profesor de la universidad de Bonn (Alemania), JAKOBS, quien establece una clasificación bifronte de los delitos. (Sánchez-Vera, 2002, p. 37).

A saber, en “delitos de dominio” - también denominados “en virtud de una organización” o simplemente, “de organización”.

Y por otro lado los denominados “delitos de infracción de deber”. En ese sentido, resulta una obviedad que ambas clases de delitos respondan a fundamentos diferentes de responsabilidad o imputación. Por un lado, la imputación como consecuencia de la relación sinalagmática “libertad de organizar /responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice”, y por otro, la imputación con causa en ciertas instituciones, cuyo fundamento, según este autor, reside en que poseen el mismo peso que el sinalagma que acabamos de aludir. Esta línea de pensamiento, podemos advertir que ex ante a ingresar al terreno de los supuestos en los delitos que hemos anunciado precedentemente, viene a constituir menester obligatorio el ofrecer algunas precisiones dogmáticas de los delitos en cuestión a continuación:

Artículo 152° El delito de Secuestro

Con acierto concluyen que lo importante no es la capacidad física de moverse por parte del sujeto pasivo, sino la de decidir el lugar de donde quiere o no estar. Ante esto, podemos advertir que actuar sin móvil o justificación al privar de la esfera de libertad a una persona, vendrá a constituir un aspecto sumamente importante y requisito indispensable al momento de la subsunción al tipo penal en cuestión. Contrario sensu, si se descubriera que se actuó conforme al ordenamiento legal o dentro de las facultades permitidas (es decir, en un acercamiento de tipicidad objetiva, este comportamiento no habrá superado la barrera del límite permitido, lo que devendrá en una conducta atípica, por lo cual el delito no aparecerá). (p. 187)

Consideraciones por las cuales declararon haber nulidad en la sentencia recurrida que condenó a los procesados por el delito de secuestro. Considero que al obrar por disposición de la ley supone el cumplimiento de un deber que la ley ordena, (Pérez, 2016, p. 198).

Ahora bien, en cuanto al supuesto, cuando un miembro de un pueblo originario o la actuación de la Ronda Campesina, se vea involucrado en el delito de secuestro, se debe declarar su atipicidad. Ello por las razones que vamos a exponer en lo sucesivo. Para ello es necesario analizar el tipo penal de secuestro.

Por otro lado, también se tiene el siguiente fundamento:

En tal sentido, la calificación jurídica de estos hechos corresponde al tipo penal que se encuentra previsto en el artículo ciento cincuenta y uno del código Penal –delito contra la libertad personal en la modalidad de coacción-, pues, si bien se le conminó al agraviado para que cumpla con el pago de la deuda, **no existió privación de su libertad ambulatoria, requisito primordial para que se configure el tipo penal de secuestro** (Lo resaltado es nuestro).

Por tanto, las conductas imputadas a los encausados recurrentes deben ser subsumidas en el tipo penal de coacción, y corresponde su recalificación”, (R.N. N.º 2113-2017, Lima. Fundamento noveno. Ponente Barrios Alvarado)

Otro ejemplo en el que se ha aplicado la atipicidad de la conducta de secuestro es el siguiente:

“Que si bien el Fiscal Supremo opinó porque se mande acusar a los procesados (...), -por el delito de secuestro-, (...), cabe precisar que los citados acusados y el agraviado (...) eran integrantes de la misma Comunidad, y como tal actuaron en atención a la exigencia de una norma tradicional, en este caso del adulterio de uno de sus integrantes, actos que corresponde a conflictos puramente internos, y que en tal caso no cabe sino

afirmar la legitimidad constitucional de la conducta asumida por los citados procesados, más aún si los actos cometidos no vulneran los derechos fundamentales del agraviado, en tanto que los encausados ingresaron a su domicilio y lo privaron de su libertad por escasas horas como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional especial –ronderil, es decir actuaron dentro de los alcances del derecho consuetudinario, amparado en el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución y en observación a la doctrina legal contenida en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil nueve/CJ ciento dieciséis”. (R.N. N.º4203-2009, El Santa. Fundamento Tercero. Ponente Lecaros Cornejo)

Asimismo, se tiene el presente caso:

“Con respecto al delito de secuestro en agravio de (...), si bien es cierto los agraviados fueron amarrados en un poste de luz por espacio de varias horas, también es cierto que los denunciados actuaron en conformidad a sus normas jurídicas en el sentido que los agraviados habían realizado destrozos de tubos y cables de la propiedad de la persona (...), asimismo, habían agredido a las autoridades de la comunidad lo cual creó una animadversión y rechazo por toda la comunidad, quienes cansado de la actitud de los agraviados es que fueron llevados, juzgados y sancionados conforme a las normas de la comunidad; que por otro lado tenemos el acuerdo plenario N.º 01-2009/CJ-116, por lo que no se puede imputar delito de secuestro cuando estas comunidades y/o rondas actúan dentro de sus funciones de resolución de conflictos”. (Disposición Fiscal de no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria. Material presentado en el VIII Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, por el Juez Superior de Junín, Sócrates Mauro Zevallos Soto. Disposición fiscal que ha sido suprimido en cuanto a sus datos, entre ellos: número de disposición, entre otros. Fundamento Quinto, párrafo décimo. FLORES SALAZAR, Hermes Héctor, fiscal adjunto de la segunda fiscalía provincial penal Corporativa de Chanchamayo)

También, se tiene la siguiente jurisprudencia, la misma que, nos ofrece los mismos alcances en cuanto a la concurrencia o no del delito de secuestro.

“**7.4.** Analizando las versiones que expuso el agraviado en sus dos intervenciones, podemos concluir que, si bien emitió la notificación que lo convocaba el cinco de octubre de dos mil cinco, no estuvo presente al momento de la detención y durante las horas en que la víctima fue víctima de violencia física y psicológica, ya que, según la víctima, la persona que disponía que le infieran lesiones era el condenado (...). **7.5.** Lo anterior es compatible con lo declarado por el acusado a nivel preliminar (folio 12), de cuya declaración podemos concluir que estuvo presente en el momento en el que el Juez de Paz de primera Nominación y personal policial se constituyó al local comunal de la ronda, en momentos posteriores de la agresión a la víctima, quien estuvo privado de su libertad por aproximadamente 24 horas. **7.6.** Lo desarrollado nos permite concluir que la actuación del acusado se ajustó a los límites que le permite la jurisdicción comunal (la emisión de la notificación para la concurrencia de aquel a la base para las indagaciones de un presunto robo), no siéndole imputable los excesos que pudieron haberse cometido en su ausencia (mantener privado de la libertad al agraviado y lesionarlo), los cuales como se demostró mediante una sentencia condenatoria anterior, evidenciaron que en la primera etapa de restricción de libertad de la víctima, se afectó su derecho fundamental a la dignidad e integridad”. (R.N. N.º 1207-2018, Lambayeque. Ponente: Quintanilla Chacón. Fundamentos 7.4, 7.5, 7.6)

Delito de asesinato

En el precedentemente citado artículo, se van a establecer algunos supuestos que en caso concurren servirán para su debida subsunción en dicho tipo penal, corresponderá en esta parte del trabajo, esbozar algunas ideas dogmáticas de cada uno de los supuestos y buscar una sintonía con la amplia jurisprudencia existente al respecto.

1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer:

Respecto de este punto, el desaparecido Peña Cabrera, (1992), señala lo siguiente:

Enseñaba certeramente que no se debe confundir el homicidio perpetrado por ferocidad con la ejecución cruel o brutal, pues no es lo mismo la brutalidad en la ejecución que la perversidad brutal de la determinación.

En la jurisprudencia peruana podemos darnos rápidamente cuenta de que el panorama es claro al establecer que el fundamento para su mayor reprochabilidad radica en la circunstancia en que el sujeto activo se desenvuelve frente a su víctima sin tener un interés identificable y razonable o, mejor dicho, sin tener como objetivo el obtener alguna ventaja cierta con su actuar homicida.

2. Por codicia

Si se verifica la circunstancia agravante cuando el agente da muerte al sujeto pasivo guiado por un apetito exagerado de riqueza, sea que el beneficio resulta grave o pequeño en el caso singular. Verbigracia, mata por codicia el heredero que apetece y anhela el patrimonio del pariente rico, cuya existencia prolongada le obstaculiza el disfrute de su riqueza, y en consecuencia toma la decisión de ocasionarle la muerte para disponer inmediatamente de su enorme fortuna, (Pre dictamen de la comisión de justicia y derechos humanos, recaído en el proyecto de ley 1194/2001-CR, por el cual se propuso la modificación del artículo 108 del código Penal).

3. Por lucro

Se configura esta calificante cuando el agente produce la muerte de su víctima con el firme propósito y objetivo de obtener un provecho o ganancia de carácter económico. Esto es, el sujeto activo actúa porque recibió, o recibirá en un futuro, dinero de un tercero para poner fin a la vida de su víctima, o porque espera obtener una ganancia o provecho

económico con su actuar ilícito al heredar los bienes del sujeto pasivo o cobrar un seguro de vida, por ejemplo, (Salinas, 2018, p. 71)

Se puede advertir que tal y como sostiene Hurtado Pozo, (1995), “el autor manifiesta así un deseo desmesurado de enriquecerse, el mismo que le conduce a tener en mayor estima sus intereses económicos que la vida del prójimo”. (p. 56)

Quienes también se adhieren a esta posición son Villavicencio Terreros (1997, p.300), y Castillo Alva, (Castillo, 2000, p. 170)

4. Por placer

En tal sentido Castillo Alva, sostiene que “En el asesinato por placer el homicida siente una satisfacción y gozo especial en la producción de una muerte a un semejante, concretando un fin mórbido portador de una especial patología”, (Castillo, 2000, p. 181)

Según el autor Fontán, (2002):

En la doctrina podemos encontrar supuesto como el de la enfermera que día a día va sustituyendo la dosis terapéutica por un líquido ineficaz, sin causar dolores ni molestias al paciente, por el placer de verlo morir de modo lento, vale decir, no actúa ni con impulso, ni con ensañamiento. Está matando porque causar esa muerte le produce una sensación agradable. (p. 43)

5. Para facilitar otro delito

Así se expresa en la ejecutoria Suprema del 23 de marzo de 1998 cuando se afirma lo siguiente: “la conducta del acusado consistente en haber dado muerte al agraviado, en circunstancias que perpetraba un asalto a un grifo, estuvo motivada por la intención de facilitar el apoderamiento patrimonial, habiendo mostrado un elevado desprecio por la vida de los demás, al no haber vacilado en dar muerte al empleado de la grifería con tal de hacer más fácil el robo; por lo que el designio criminal del mencionado acusado comporta un

mayor reproche de culpabilidad que le hace pasible de una sanción de mayo severidad”, (Exp. N° 205-98-Ucayali)

Es así que en la jurisprudencia, se ha expresado que “para la configuración del asesinato bajo la modalidad de matar para facilitar otro delito, no es necesario que se consuma el delito fin, vale decir, el robo agravado, basta la intención de realizar el mismo; para lo cual se vence el obstáculo que representa la vida de la persona que defiende su patrimonio”, (Resolución Superior del 9-10-1997, Exp. N° 245-97, en Gómez Mendoza, Gonzalo).

6. Para ocultar otro delito

Citando como ejemplo lo que establece la jurisprudencia: “cuando los referidos acusados se percataron que al parecer el agraviado (...), había muerto, decidieron quitarle la vida a Emeterio Santos Calvay, a fin de evitar que este los delatara”. (R.N. N° 49-99-Lambayeque).

7. Con gran crueldad:

El asesinato por alevosía se comprende lo siguiente: “El hecho no tipifica el delito de parricidio porque para que se presente el supuesto de “convivencia” se requiere dos años de convivencia. Tal hecho se subsume en el delito de homicidio calificado por alevosía, puesto que la víctima se encontraba ebria y el imputado, sobre seguro, la sorprendió y en base a su superioridad física, la atacó con un arma blanca, causándole severas lesiones que ocasionaron su muerte”. (R.N. N.º 1430-2014, Cusco. Sumilla)

8. Por alevosía.

De esto, se debe entender que la alevosía puede aparecer en ex ante a la comisión de injusto penal, así como también ex post, sin que sea obligatorio un desvalor de

resultado (muerte en determinados casos), sino que se utilice para la comisión de aquellos medios antes aludidos.

9. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas

Como epílogo a lo señalado resulta oportuno citar el siguiente caso real, el cual abarca ambos delitos, tanto el delito de secuestro como el de asesinato.

Acusación que presenta dos hechos imputables, por un lado, tenemos el delito de secuestro y, en segundo lugar, tenemos el tipo penal de asesinato. Sobre el primer punto, el delito de secuestro, dicha Sala Superior de la Merced, llega a la conclusión siguiente: “En el presente caso, todos y cada uno de los acusados sabían que está prohibido hacer justicia afectando los derechos humanos de las personas y es por eso que durante todas sus declaraciones no ha aceptado que sea una medida contemplada dentro de su comunidad la muerte, el ajusticiamiento o la sumersión al río de alguien que es acusado como “brujo”. Tampoco han reconocido haber golpeado, maltratado físicamente y afectado su dignidad como persona, al agraviado (...), limitándose a mencionar que de acuerdo a sus costumbres solo habrían propinado un “chalanqueo” al agraviado; sin embargo, han reconocido que durante todos los días en que estuvo bajo su vigilancia el supuesto brujo estuvo “desenterrando las maldades”, y también esta fehacientemente demostrado que fue golpeado y maltratado por todos ellos a tal extremo que el día 20 de abril de 2007 tuvo que ser reducido a la Posta Médica de Huacamayo donde la enfermera lo atendió (...). En conclusión, tenían conocimiento de la prohibición de no afectar la libertad individual y someter a maltratos físicos que ha afectado la dignidad del agraviado durante varios días, empero, por sus costumbres y pautas culturales consideraban que su comportamiento en su escenario y dentro de su cosmovisión era posible, no era ilícito, lo que significa que obraron con una especial y

peculiar motivación que fundamenta relativamente la inexigibilidad de otra conducta, ya que podrán haberse percatado que se estaban excediendo en sus acciones, lo que amerita una reducción de la pena, con arreglo a los criterios concretos del caso y al criterio de proporcionalidad (...)" (Expediente N.º 0421-2007. Segunda Sala Mixta y Liquidadora de la Merced-Chanchamayo. Fundamento 9.5

Consideramos que dicho fallo, vulnera el artículo 149º de la Constitución Política del Estado. Ello en cuanto a los delitos de secuestro y asesinato.

La Constitución Política del Estado reconoce, como ya hemos visto líneas arriba, un pluralismo jurídico, un multiculturalismo, ello a través del artículo 2º. Inciso 19 de la Constitución. Ahora bien, en cuanto al tipo penal de secuestro, dicha sentencia ha vulnerado, o en su defecto no ha tomado en cuenta, la existencia de diversidad de formas de imposición de sanciones. Mientras que en el sistema ordinario se tiene, según el artículo 28 del Código Penal, una variedad de penas, como lo son: privativa de la libertad, restrictivas de la libertad, limitativas de derechos; y, las multas. En ese mismo sentido, los sistemas normativos de pueblos originarios, poseen sus formas de sanción. Dichas sanciones, muchas ellas no están positivizadas, por no decir, que ellas no se encuentran positivizadas o normativizadas. Más, sin embargo, se encuentran muy arraigadas a su forma de vida, a sus tradiciones como comunidades. En tal sentido, no se puede descartar la existencia de forma de sanción. Ahora bien, en torno al delito de secuestro, se hace mal en ver tales comportamientos de los miembros de los pueblos originarios, con ojos positivistas.

En el sistema ordinario se tiene diversas formas de detención, ya sea las ejercidas en flagrancia, como por órdenes judiciales. Del mismo modo, los pertenecientes a la "justicia especial", más correctamente denominados "pueblos originarios", ejercen sus propios mecanismos procesales, para tal efecto, dicha

intervención ejercida por los miembros de la comunidad de Guacamayo, en contra del agraviado (...) no puede ser considerado como secuestro, toda vez que, ello se encuentra dentro de los usos y costumbres que tienen los pueblos originarios para intervenir a sus miembros que hayan cometido algún acto contrario a su sistema normativo.

Bajo otro argumento, se podría decir que, dichos comuneros bajo lo establecido por el artículo 149 de la Constitución, están ejerciendo su jurisdicción. Dicha jurisdicción les da poder-deber de declarar o sancionar a quienes vulneren el deber de vivir en armonía.

Creemos que este artículo de la Constitución ofrece un mayor fundamento, debido a que, reconoce jurisdicción a los pueblos originarios, ello quiere decir que, deben resolver sus propios conflictos bajo sus costumbres o forma de organización.

2.7. LAS IMPLICANCIAS DOGMÁTICAS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN, ALGUNOS ALCANCES DEL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO Y SU RELEVANCIA EN EL TEMA EN CUESTIÓN

Siendo en esta parte del trabajo menester obligatorio acudir a escritos dogmáticos que hacen referencia a lo que en nuestro código penal está establecido en el artículo 15 y tiene lugar cuando el que comete un hecho punible no puede comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión por su cultura o costumbres. (Castro, 2010, p. 119).

Respecto a la postura antes mencionada considero que aquella falta de comprensión por condicionamientos culturales afectará el sentido comunicativo (la capacidad) de lo que quiere manifestar en sí el sujeto que quebranta el ordenamiento legal, sin embargo, aquel déficit no será similar a aquel derivado de afectaciones físicas o mentales, sino que debe a una integración cultural divergente. Por esto considero, que será más adecuado defender

la postura de que esta forma de error (el error culturalmente condicionado) vendrá a constituir un supuesto de error y no una causa de inimputabilidad.

En un entender propio, el error culturalmente condicionado es una forma de error que puede ser de tipo o de prohibición. Si los condicionamientos de la cultura obstaculizan u obstruyen el poder adentrarse al conocimiento de las prohibiciones o lo establecido en las normas penales (verbigracia, por razones de aislamiento étnico o por barreras idiomáticas), entonces estaremos ante un error de prohibición en strictu sensu. Cuestión diferente sería si los condicionamientos culturales no impiden el acceso a la prohibición penal, sino que influyen al comprender hecho como contrario a la norma o en aquella capacidad de asumir dicha comprensión en un determinado proceder, entonces ahí estaremos ante un error de tipo.

2.8. Marco conceptual

i. Asesinato: En tal sentido sostenemos que el delito de asesinato es una figura delictiva autónoma pues difiere abismalmente del delito de homicidio simple (art. 106 CP.), podemos apreciar que en el asesinato “concurren elementos constitutivos diferentes al homicidio simple ya sea por la actitud psicológica o por la forma de actuar del agente; aparte de actuar con el animus necandi, al agente le alienta un sentimiento de maldad o perversidad , la pena es más alta y se asienta en la mayor culpabilidad del agente, etc.”. (Salinas, 2018, p. 66).

ii. Secuestro: “El que sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad” (Código Penal)

iii. Pueblo originario: Villavicencio (1997) “Luego de lo expuesto en párrafos precedentes podemos entender que “el Perú es un país pluricultural y multiétnico, que cuenta con mecanismos alternativos o paralelos de resolución de conflictos, con

características propias, que cuentan con lugares naturales de solución de conflictos, así, por ejemplo: en las comunidades campesinas, rondas campesinas, comunidades de la Amazonía, y ámbitos populares urbanos”. (p. 133)

iv. Sistema monista: El monismo jurídico es una teoría y una política que sólo admite un sistema jurídico dentro de un Estado. Históricamente, el monismo jurídico se instaura en Latinoamérica desde el s. XIX, cuando se constituyen los Estados-nación Latinoamericanos. Las Constituciones definieron que en el Estado solo hay un pueblo, una cultura, un idioma y una religión oficial; que en el Estado solo rige un sistema jurídico y que la ley general rige para todos por igual. (Raquel, p. 2)

v. Sistema pluralista: el pluralismo jurídico: es una teoría o una política que reconoce o admite la coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, como señala Boaventura de Sousa Santos. Ello supone una política de reconocimiento de sistemas normativos de pueblos o colectivos, diferentes al Estado, con sus propias fuentes de producción de normas, valores, instituciones y procedimientos. (Raquel, p. 3)

vi. Pluralismo jurídico: Si bien la constitución de 1979 previó esta realidad de pautas culturales diferentes entre los peruanos y ordenada proteger y respetar las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas propiciando su superación y desarrollo integral (art. 161 y 162), no reconocía expresamente al pluralismo jurídico. En la actualidad, la experiencia en nuestro país pone de manifiesto que nos encontramos ante un avance gigantesco en el tema en cuestión, es decir, “el reconocimiento del pluralismo jurídico”, ante esto existe un cuestionamiento de si es posible incorporar el derecho consuetudinario al derecho estatal o si, dada su naturaleza, se excluyen mutuamente. Así, la fórmula del artículo 149 sería un caso de **pluralismo jurídico débil**. (Arteaga, p. 18)

vii. Diversidad cultural: “Hemos de dar cuenta que los sistemas sociales generan su propia regulación por medio de reglas, costumbres y símbolos, no obstante, en la praxis son vulnerables por fuerzas provenientes de la sociedad en la cual se encuentran supeditados. En el Perú hemos identificado esta justicia como autónoma, comunitaria, basada en el derecho consuetudinario y, por ende, vinculada a los valores indígenas y ancestrales”. (Poole, 2006)

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis General

Los señores jueces de la Corte de la Selva Central de La Merced, durante los años 2014 y 2017, al momento de expedir sus sentencias, éstos no han venido **aplicando** el Convenio 169 de la OIT para fundamentar su incompetencia. Desconociendo su autonomía, la misma que es reconocida por la Constitución.

3.2. Hipótesis Específicas

1. La aplicación del artículo 149 de la Constitución no viene influyendo de manera positiva, por cuanto, los jueces penales de la Selva Central, al momento de motivar sus sentencias, no les reconoce autonomía, la misma que se encuentra en dicha norma fundamental.

2. La aplicación del Convenio 169 sobre miembros de pueblos originarios no viene influyendo de manera positiva al momento de formular acusación en los delitos de secuestro y asesinato, por parte de los señores fiscales. Esto por cuanto, no son debidamente fundamentados por los señores fiscales. No logran aplicar las normas internacionales sobre miembros de pueblos originarios.

3. La manera de cómo se contraviene el sistema formal, esto es, del sistema de justicia ordinaria, al momento de aplicar el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales, está en que los señores jueces que administran justicia, tienen en su gran mayoría la formación positivista, ello hace posible que exista una negación del sistema formal por ellos mismos. En tal sentido, aplicar las normas del Convenio 169 por jueces positivizados,

genera una crisis estructural del sistema de administración de justicia. Por cuanto, no todos los usuarios que recurren al sistema judicial, pertenecen al sistema formal, sino, que existen otros sistemas, en este caso el sistema especial.

3.3. Variables

A. Variable independiente

Convenio de la OIT 169 sobre miembros de pueblos originarios y tribales: Norma internacional que reconoce derechos y deberes de todos los pueblos originarios y tribales.

V. INDEPENDIENTE	INDICADORES
X: Convenio 169 de la OIT sobre miembros de pueblos originarios y tribales.	<ul style="list-style-type: none"> - Elemento humano - Elemento orgánico - Elemento normativo - Elemento geográfico

B. Variable dependiente:

a. Fundamentación de sentencias penales: “Es la resolución judicial definitiva, por la que se pone fin al proceso, tras su tramitación ordinaria en todas y cada una de sus instancias y en la que se condena o absuelve al acusado con todos los efectos materiales de la cosa juzgada”. (San Martín, 2015, p. 416)

V. DEPENDIENTE	INDICADORES
Y: Fundamentación de sentencias penales	Fundamentación interna
	Fundamentación externa

b. Delito de secuestro: “Se configura cuando el agente o sujeto activo priva o limita, sin tener derecho, motivo o facultad justificada para ello, de la libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo o víctima, sin importar el móvil o el tiempo que dure la privación o restricción de la libertad”. (Salinas, 2018. p. 625)

V. DEPENDIENTE	INDICADORES
Y: Delito de secuestro	Elementos normativos del tipo
	Elementos descriptivos del tipo

c. Delito de asesinato: “Se configura cuando el sujeto activo da muerte a su víctima concurriendo en su accionar las circunstancias debidamente previstas y enumeradas en el artículo 108° del Código Penal”. (Salinas, 2018, p. 65)

V. DEPENDIENTE	INDICADORES
Y: Delito de asesinato	Elementos descriptivos del tipo
	Elementos normativos del tipo

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Método de investigación

4.1.1. Métodos generales de la investigación

A. Método Inductivo – Deductivo: Porque la investigación jurídico-penal que se realizará partirá del estudio de casos particulares en los que se hayan visto inmerso los miembros de pueblos originarios. Para que, a partir de ahí se extrapole a los demás casos en los que se haya aplicado el Convenio de la OIT 169°.

B. Método Análisis Síntesis: este método nos permitirá acercarnos a los alcances dogmáticos que se encuentran en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema sobre asuntos de justicia especial.

4.1.2. Métodos particulares de la investigación

Entre los métodos particulares a los que recurriremos durante la investigación son:

a. **Método Exegético:** Que permitirá conocer el sentido de las normas jurídicas y el sentido que quiso darle el Legislador, a través de un análisis gramatical de la justicia especial. Asimismo, del término del Convenio 169 sobre pueblos originarios y tribales.

b. **Método Sistemático:** Este método nos acercará a la comprensión y estudio de del instituto de justicia especial sobre pueblos originarios.

4.2. Tipo de investigación

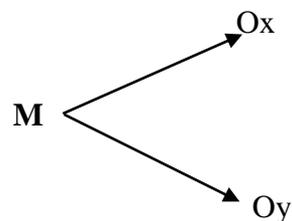
Es de tipo **Básica:** En la medida que, el trabajo que se pretende realizar busca obtener y recopilar y procesar la información sobre la aplicación de la Convención 169 de la OIT sobre Miembros de pueblos originarios y tribales, tanto como la Constitución Política 149°.

4.3. Nivel de investigación

Explicativa este nivel es por lo general experimental y explica el fenómeno; “sin embargo, en el enfoque cualitativo no experimental la explicación de la relación causal se realiza mediante la justificación de las categorías por medio de la lógica”, (Sánchez, 2019, p. 46): por lo que se hará un análisis de los efectos jurídicos que se derivan de la aplicación del Convenio 169 y la Constitución y de sus alcances sociales.

4.4. Diseño de investigación

Diseño: Explicativo



Donde:

M = Muestra conformada por 44 sentencias expedidas por los jueces de la selva central, sobre miembros de pueblos originarios.

O = Observaciones de las variables a realizar de la muestra.

X = Observación de la variable: Fundamentación de sentencias penales

Y = Observación de la variable: Delito de secuestro

Z.. = Observación de la variable: Delito de asesinato

4.5. Población y muestra

4.5.1. Población

Está constituido por el número de 50 sentencias penales expedidas por los señores jueces superiores de la Corte Superior de la Selva Central-Merced, durante

los años 2014-2017, en los casos de secuestro y asesinato, por miembros de pueblos originarios.

4.5.2. Muestra

La muestra será representada por 44 sentencias penales, expedidas en contra de los miembros de pueblos originarios, en los delitos de secuestro y asesinato. Esto de acuerdo al procedimiento para calcular el tamaño de la misma, conforme se describe a continuación:

$$n= 44$$

4.5.3. Técnica de muestreo

Muestreo Aleatorio Simple: Por la misma razón que los elementos de la población tiene la misma posibilidad de ser escogidos; así mismo las muestras probabilísticas son esenciales en los diseños de investigación por encuestas en las que se pretende hacer estimaciones de variables en la población.

4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

“Son técnicas de investigación, los diversos procedimientos metodológicos, estrategias y análisis documentales utilizados para acopiar y procesar la información necesaria”, (Arazamendi, 2015, p. 294)

A. Análisis documental

Esta técnica nos permitirá acceder a la información escrita, libros revistas, expedientes penales.

B. Observación no participante

Porque es necesario observar la realidad teórica, de como se viene interpretando y sobre todo aplicando las normas, tanto nacionales como internacionales, al caso concreto.

4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Se llevó a cabo la utilización del programa SPSS. El mismo que se representa en los gráficos y tablas ubicados en el capítulo V de la presente tesis.

4.8. Aspectos éticos de la investigación

En primer lugar, debemos señalar que, todos los antecedentes de la presente investigación, han sido debidamente citados, respetando fielmente el contenido de dichos trabajos. Resaltando principalmente las conclusiones y aspectos metodológicos. Según lo dispuesto por el formato APA.

En segundo lugar, los puntos referidos a la formulación del problema, objetivos, hipótesis han sido debidamente redactadas a partir del análisis de las sentencias penales encontradas. De tal manera que, ello asegura la no copia o transcripción de tales trabajos puntos.

En tercer lugar, el contenido de la presente tesis, ha sido redactada bajo el escrupuloso cumplimiento de los parámetros que señala el formato APA, evitando en la medida de lo posible, adueñarnos de ideas ajenas.

En cuarto lugar, los resultados conseguidos han sido producto de un trabajo concienzudo y minucioso, a fin de obtener resultados originales y auténticos, sin llegar a falsear o inventar resultados o datos,

Por estas razones, consideramos que, la presente tesis cumple con lo dispuesto en el Reglamento General de la Universidad, así mismo, con el Reglamento de la Escuela de Posgrado, esto es, de llevar, de realizar trabajos que busquen resolver una realidad determinada, para el bienestar de la sociedad.

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1. Descripción de resultados

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

Cuyo contenido es el siguiente:

La aplicación del artículo 149 de la Constitución no viene influyendo de manera positiva, por cuanto, los jueces penales de la Selva Central, al momento de motivar sus sentencias, no les reconoce autonomía, la misma que se encuentra en dicha norma fundamental.

**En los fundamentos jurídicos de las sentencias penales
condenatorias en el delito de secuestro en contra de los
miembros de los pueblos originarios se recurre al Convenio 169
de la OIT**

Tabla N.º 1.

Cantidad de resoluciones judiciales analizadas.

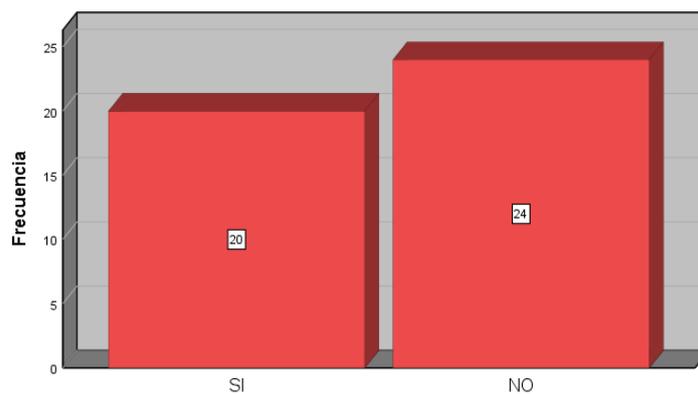
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	20	45,5	45,5	45,5
	NO	24	54,5	54,5	100,0
	Total	44	100,0	100,0	

Nota. Datos obtenidos del estudio de los expedientes objeto de estudio.

Figura 1.

En los fundamentos jurídicos de las sentencias penales condenatorias en el delito de secuestro en contra de los miembros de los pueblos originarios se recurren al Convenio 169 de la OIT

En las fundamentos jurídicos de las sentencias penales condenatorias en el delito de secuestro en contra los miembros de los pueblos originarios se recurren al Convenio 169 de la OIT



En las fundamentos jurídicos de las sentencias penales condenatorias en el delito de secuestro en contra los miembros de los pueblos originario...

FUENTE: Baltazar Carbajal, Alejandrina María

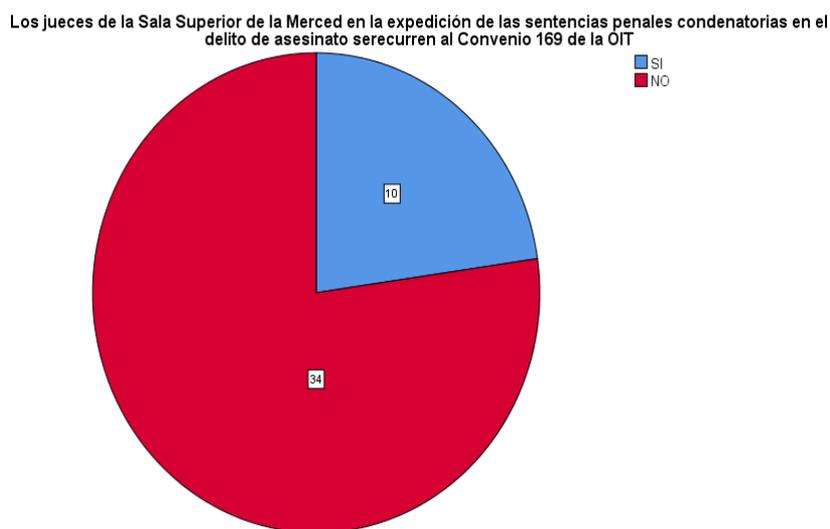
DESCRIPCIÓN: Del gráfico N° 01 se puede apreciar que, un porcentaje considerable de sentencias penales condenatorias, esto es, un 54.5% de la muestra, nos comunica que los jueces no vienen tomando en cuenta las normas internacionales, para el caso, la 169 de la OIT a fin de motivar sus decisiones respecto a miembros de pueblos originarios que se hayan en implicados en un proceso penal.

Mientras que, un 45.5% de la muestra obtenida, se tiene que, sí vienen aplicando los alcances de la norma internacional de la OIT, ello bajo, el fundamento que, sí ya han aplicado sus propias normas, el sistema ordinario de justicia, no debe inmiscuirse en dichos asuntos, toda vez que, se cometería un exceso de competencia.

De lo descrito, se puede concluir que, aún falta que los jueces, partan en la fundamentación de sus decisiones judiciales, de los alcances, tanto de la norma constitucional, como de la norma internacional, a fin de no sobre-criminalizar a los miembros de pueblos originarios. Pues, se atentaría contra una forma diferente de coexistencia y formas de ver el mundo.

Figura 2.

Los jueces de la Sala Superior de la Merced en la expedición de las sentencias penales condenatorias en el delito de asesinato recurren al Convenio 169 de la OIT



Fuente: Baltazar Carbajal, Alejandrina María

DESCRIPCIÓN: Del gráfico N.º 2 se tiene lo siguientes: un porcentaje del 22.7% de la muestra obtenida, manifiesta que, sí se viene recurriendo a la aplicación de las normas internacionales de la 169 de la OIT sobre pueblos originarios, a fin de fundamentar la exclusión de competencia, en tanto se encuentre de por medio, el delito de asesinato. Para ello, de lo analizado en los expedientes, muchos de los jueces que sí han aplicado los fundamentos de la OIT, recurren a las pericias antropológicas, con la finalidad de esclarecer los alcances de aplicación de esa forma de sanción. Cabe precisar que, el delito de asesinato, tal como está estipulado en nuestra normativa penal, es un delito de resultado. Ahora bien, desde la concepción de la cosmovisión andina, tales comportamientos criminales, no solo atenta a la individualidad, sino que, atenta contra la colectividad, generando inseguridad en los miembros de dichos pueblos. Tales asesinatos no son manifestación común de

dichos pueblos, son de última aplicación, en casos extremadamente necesarios. Tal como lo describimos línea arriba, en tanto se atente, con la tranquilidad de la comunidad, esto es, que él miembros de la comunidad realice actos ocultos, fuera de la vida común, es decir, se dedique a la brujería, por ejemplo.

Por otro lado, un 77.3% de los jueces al momento de expedir sentencias condenatorias, las mismas que recaen en los delitos de asesinato, se tiene que no vienen aplicando los alcances de la norma internacional 169 de la OIT. Haciendo reiterativo su criminalización, toda vez que, parten del fundamento que, dicha comunidad, no pueden aplicar sus propias normas, sus propias tradiciones, sus propias costumbres a costa de la vida humana, esto es, que se afecte la dignidad humana. Agarrándose de tales fundamentos constitucionales, para punibilizar y sancionar a dichos miembros. Imponiéndoles penas atentatorias en su dignidad, tema que no nos corresponde absolver, pero sí citarlo como objeto de reflexión.

Por tanto, se puede decir que, un gran sector de los jueces de la Selva Central, al momento de resolver casos de asesinato en los que se vean involucrados los miembros de la comunidad, no aplican, no recurren para su fundamentación de exclusión de responsabilidad penal o, irrogarse competencia, a las normas de la OIT, las mismas que, prevén las formas y alcances en las que deben ser aplicadas y en qué casos tales normas. De tal manera que, ello representa un problema de interpretación y de respeto a la jurisdicción especial.

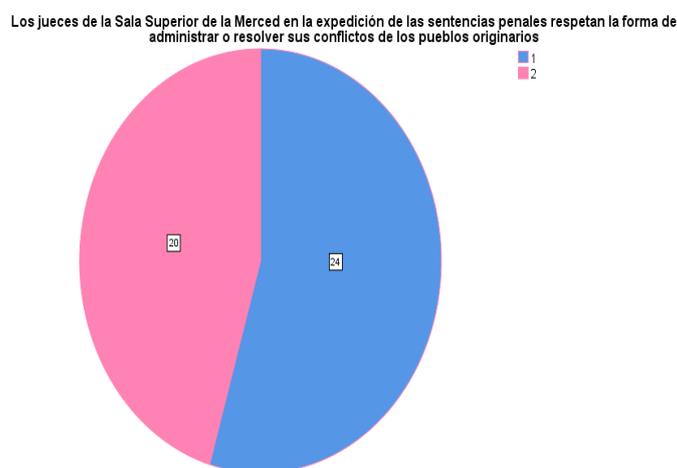
Tabla 2.

Los Jueces de la Sala Superior de la Merced en la expedición de las sentencias penales respetan la forma de administrar o resolver sus conflictos de los pueblos originarios

Válido	1	24	54,5	54,5	54,5
	2	20	45,5	45,5	100,0
	Total	44	100,0	100,0	

Figura 3.

Respeto a la jurisdicción especial



Fuente: Baltazar Carbajal, Alejandrina María

DESCRIPCIÓN: Del gráfico siguiente se tiene que, un porcentaje del 54.5% de las resoluciones judiciales, las mismas que recaen en los delitos de asesinato y secuestro, **sí** vienen respetando la forma en la que se aplican sus propias normas. Todo ello refrendado por 169 de la OIT, y actualmente vienen citando, las 100 reglas de Brasilia a fin de no criminalizar tales actos. Aunque desde luego, resulta por lo pronto insuficiente.

Así también se tiene que un 45.5% de los jueces al momento de imponer una pena, **no** vienen respetando la forma de administrar y resolver los conflictos de los pueblos originarios. Bajo el fundamento de que, se viola derechos fundamentales.

Ello como ya se ha visto líneas arriba, se decanta por un puro positivismo, el cual busca, criminalizar y sancionar tales conductas a partir de una formación positivista.

Así se tiene que, tanto de los gráficos como de los cuadros, los señores jueces al momento de expedir sus sentencias penales condenatorias en contra de algún o algunos miembros de pueblos originarios, no se decantan aún por el respeto en la forma de aplicación de sus propias normas. Ello difiere en ciertos casos, no reconocen en cuanto se hallen frente al delito de asesinato, mientras que, para el delito de secuestro, consideran que no se habría cometido tales excesos. Ambas informaciones no son de común recibo, toda vez que, de las sentencias leídas, sus fundamentos difieren, tanto en argumento como en la aplicación normativa. De tal manera que, se puede presumir, sin temor a equivocarnos, que aún hay resistencia a reconocer y respetar la justicia ordinaria. Quizá el problema mayor se presente en los Representantes del Ministerio Público, y la Policía. Y ello permite contrastar nuestra primera hipótesis con los datos obtenidos.

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

Cuyo texto es el siguiente:

La aplicación del Convenio 169 sobre miembros de pueblos originarios no viene influyendo de manera positiva al momento de formular acusación en los delitos de secuestro y asesinato, por parte de los señores fiscales. Esto por cuanto, no son debidamente fundamentados por los señores fiscales. No logran aplicar las normas internacionales sobre miembros de pueblos originarios.

Tabla 3.

Fundamento de la acusación a partir del convenio 169

Estadísticos

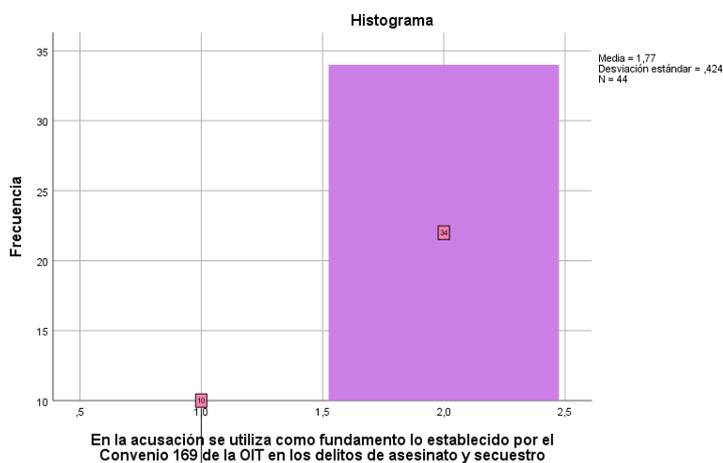
N	Válido	44
	Perdidos	0

En la acusación se utiliza como fundamento lo establecido por el Convenio 169 de la OIT en los delitos de asesinato secuestro

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	10	22,7	22,7	22,7
	NO	34	77,3	77,3	100,0
Total		44	100,0	100,0	

Figura 4.

Fundamento de la acusación a partir del convenio 169



Fuente: Baltazar Carbajal, Alejandrina María

DESCRIPCIÓN: Es menester señalar que, de los cuadros y gráficos obtenidos, se tiene un 22.7% de acusaciones debidamente fundamentadas a partir del Convenio 169 sobre pueblos originarios y tribales, esto es, **sí**, reconocer la autonomía de los pueblos originarios, lo señores fiscales. Tales fundamentos ciernen sobre cuestiones de

competencia y respeto a la forma en que los pueblos originarios aplican sus propias normas. Teniéndose por archivadas.

No obstante, ello, resulta un porcentaje aún minúsculo.

Se tiene un 77.3% de las acusaciones, las mismas que se han desarrollado en los años 2014-2017, las cuales **no** respetan o no reconocen la autonomía de los pueblos originarios, pues, arguyen en que, en los casos en comento, secuestro y asesinato, se han extralimitado en sus facultades. Por tales fundamentos, consideran que sí procede formalizar acusación, desconociendo, en puridad, los derechos que se hayan plasmados en normas internacionales.

TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

Cuyo texto es el siguiente:

La manera de cómo se contraviene el sistema formal, esto es, del sistema de justicia ordinaria, al momento de aplicar el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales, está en que los señores jueces que administran justicia, tienen en su gran mayoría la formación positivista, ello hace posible que exista una negación del sistema formal por ellos mismos. En tal sentido, aplicar las normas del Convenio 169 por jueces positivizados, genera una crisis estructural del sistema de administración de justicia. Por cuanto, no todos los usuarios que recurren al sistema judicial, pertenecen al sistema formal, sino, que existen otros sistemas, en este caso el sistema especial.

Tabla 4.

Negación de la aplicación de la jurisdicción especial

Estadísticos

N	Válido	44
	Perdidos	0

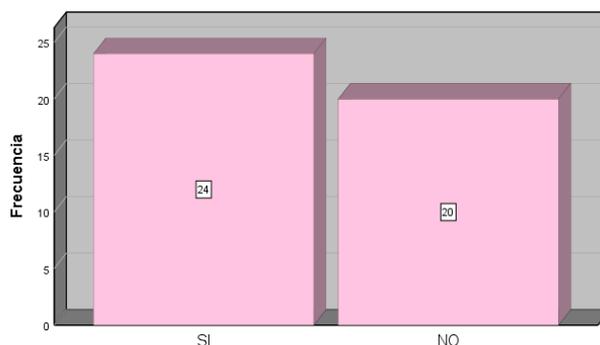
En las fundamentos jurídicos de las sentencias penales condenatorias en los delito de secuestro y asesinato, los jueces de la Sala Superior de la Merced niegan la jurisdicción especial

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	24	54,5	54,5	54,5
	NO	20	45,5	45,5	100,0
Total		44	100,0	100,0	

Figura 5.

Negación de la aplicación de la jurisdicción especial

En las fundamentos jurídicos de las sentencias penales condenatorias en los delito de secuestro y asesinato, los jueces de la Sala Superior de la Merced niegan la jurisdicción especial



En las fundamentos jurídicos de las sentencias penales condenatorias en los delito de secuestro y asesinato, los jueces de la Sala Superior de la ...

Fuente: Baltazar Carbajal, Alejandrina María

DESCRIPCIÓN: Los señores jueces de la Sala Superior de la Selva Central, al momento de imponer una pena condenatoria sobre los delitos de secuestro y asesinato, en

un porcentaje del 54.5% **sí** niegan la potestad de administrar ellos mismos sus conflictos. El argumento de por qué se niega dicha jurisdicción especial, radica en lo ya esbozado anteriormente. En nuestra constitución, en el artículo 149° prohíbe que, al momento de impartir o resolver sus conflictos, se atenten contra los derechos fundamentales, llámese, vida, integridad física u otros.

De los casos analizados se tiene que, independientemente de las sanciones que se les han impuesto, muchas de ellas, eran sanciones físicas. Ante la constatación de ello, a través de una pericia, los jueces, al momento de resolver los casos, deciden condenarlo. Olvidándose por completo, que ellos, poseen, sus propias formas de sanciones. De tal manera que, dichos actos, no configurarían vulneración a los derechos fundamentales.

Un 45.5% **no niegan** la facultad que tienen los pueblos originarios de resolver ellos mismos sus propios conflictos. En dichos casos, los jueces recurren a normas internacionales para absolver de las acusaciones, en otros, se recurre a una contienda de competencia. De tal manera que, los miembros que se hallen en tales circunstancias, puedan sentirse respetados.

5.2. Contrastación de hipótesis

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

Cuyo texto es el siguiente:

“La aplicación del artículo 149 de la Constitución no viene influyendo de manera positiva, por cuanto, los jueces penales de la Selva Central, al momento de motivar sus sentencias, no les reconoce autonomía, la misma que se encuentra en dicha norma fundamental”

Del total de los expedientes evaluados se tiene que el 54.5% de las resoluciones judiciales, recaídas en el delito de asesinato y secuestro, los jueces penales no vienen aplicando las normas internacionales. Más si se tiene en cuenta que, tales personas son miembros que

pertenecen a los Pueblos Originarios. Esto es, la aplicación de la 169 de la OIT, norma internacional que obliga al Estado peruano su aplicación. Por tal razón se tiene que, nuestra hipótesis se ha confirmado, esto es, en el sentido de que, los jueces no vienen aplicando las normas internacionales cuando, estamos frente a casos de asesinato y secuestro.

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“La aplicación del Convenio 169 sobre miembros de pueblos originarios no viene influyendo de manera positiva al momento de formular acusación en los delitos de secuestro y asesinato, por parte de los señores fiscales. Esto por cuanto, no son debidamente fundamentados por los señores fiscales. No logran aplicar las normas internacionales sobre miembros de pueblos originarios”.

Sobre el particular se tiene que, el 77.3% de las acusaciones formuladas por la fiscalía ante el Poder Judicial, durante los periodos 2014-2017, no vienen respetando la autonomía en la resolución de los conflictos sociales, cuyos integrantes son los miembros de pueblos originarios. Por tal razón, podemos decir que, nuestra hipótesis se ha confirmado, tal como se ha visto en la descripción de los resultados obtenidos.

TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“La manera de cómo se contraviene el sistema formal, esto es, del sistema de justicia ordinaria, al momento de aplicar el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales, está en que los señores jueces que administran justicia, tienen en su gran mayoría la formación positivista, ello hace posible que exista una negación del sistema formal por ellos mismos. En tal sentido, aplicar las normas del Convenio 169 por jueces positivizados, genera una crisis estructural del sistema de administración de justicia. Por cuanto, no todos los usuarios que recurren al sistema judicial, pertenecen al sistema formal, sino, que existen otros sistemas, en este caso el sistema especial”.

El 54.5% de los resultados arrojado de los expedientes examinados considera que, los jueces superiores de la Selva Central, niegan la potestad que la Constitución les confiere a los miembros de pueblos originarios, para que puedan ellos mismos, bajo sus propias expectativas normativas, resuelvan sus conflictos sociales.

En tal sentido, de acuerdo al resultado obtenido, nuestra hipótesis se ha confirmado, esto es, de que los jueces superiores al tener una formación positiva, muchas veces, niegan la potestad jurisdiccional de los miembros originarios en resolver ellos mismos sus conflictos.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

Cuyo texto es el siguiente:

“La aplicación del artículo 149 de la Constitución no viene influyendo de manera positiva, por cuanto, los jueces penales de la Selva Central, al momento de motivar sus sentencias, no les reconoce autonomía, la misma que se encuentra en dicha norma fundamental”

La Constitución Política del Perú, en su artículo 149° reconoce el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por las comunidades campesinas y nativas. La misma que se materializa de la siguiente manera:

“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

De lo descrito por nuestra Constitución, se tiene que, los señores o los miembros de los pueblos originarios, en tanto se encuentren debidamente conformados, tienen la potestad, la facultad, el poder de administrar ellos mismos sus propios conflictos. De resolver controversias de índole doméstico, de hechos delictivos, propio de su interacción social. Tal facultad, no solamente se haya reconocido por nuestro derecho interno, sino también, por normas internacionales. Así tenemos el Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Las reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De tal manera que, a nivel normativo no se tiene mayores problemas, los problemas se originan al momento de interpretarlas, toda vez que, hay jueces que no reconocen dicha potestad, más si de delitos de secuestro y asesinato se trata. Tal como lo hemos visto en el Capítulo anterior, en el un 54.5% (Según lo señalado en el cuadro 1). de los jueces no recurre al Convenio 169 de la OIT para fundamentar sus decisiones judiciales y, poder excluirlos de toda responsabilidad penal.

De tal manera que, se hace imposible que dicho artículo de la constitución tome vida en la realidad, que sea aplicada tal como debe ser, esto es, que se les respete la forma como resuelven sus propios conflictos. Los diferentes criterios, las diferentes apreciaciones o interpretaciones que llevan a cabo los jueces penales, resulta siendo, contraproducente, pues, en un lugar, reconocen su autonomía, en otros lugares, no. Ello genera inseguridad jurídica.

En conclusión, contrastando la norma constitucional con los datos obtenidos y ya analizados, se tiene que, se valida nuestra hipótesis. Ello a razón de que no se viene respetando el contenido de dicho artículo, tal como se puede ver de los cuadros ya señalados. El no reconocimiento de la autonomía de los pueblos originarios, ha traído y sigue trayendo consecuencias prácticas, un claro ejemplo, puede constituir “El baguaso”, otro caso, es que hemos encontrado en nuestro trabajo, “caso Mata brujo”, este último ha sido sometido a 10 años de proceso.

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“La aplicación del Convenio 169 sobre miembros de pueblos originarios no viene influyendo de manera positiva al momento de formular acusación en los delitos de secuestro y asesinato, por parte de los señores fiscales. Esto por cuanto, no son debidamente fundamentados por los señores fiscales. No logran aplicar las normas internacionales sobre miembros de pueblos originarios”.

Los requerimientos de acusación están contemplados en las normas procesales del derecho penal, la misma que, podríamos dividirla en tres aspectos. En primer lugar, la parte fáctica, de los hechos; en segundo lugar, la parte de la subsunción, del tipo penal; y, en tercer lugar, el de los medios probatorios, pena y reparación. Aspectos que deben ser desarrollados, bajo los alcances del principio de imputación necesaria, concreta. En cuanto a nuestro trabajo, nos centraremos en el punto número dos, esto es, el análisis normativo del tipo penal. Y para ello, el señor fiscal, debe partir por identificar la norma constitucional que reconoce al Perú como pueblo pluricultural, multiétnico, para a partir de ello, llevar a cabo un correcto análisis de los hechos. Identificar, por otro lado, las normas internacionales, en tanto se trate de personas pertenecientes a pueblos originarios.

En ese sentido, se puede llevar a cabo una correcta formulación de acusación. De sí se ha vulnerado o no derechos fundamentales o en su defecto, de llevar a cabo un archivamiento, en la medida que, se les reconoce la autonomía para que puedan resolver ellos mismos sus conflictos.

De los cuadros y gráficos descritos, se tiene que un 77.3% de dichas acusaciones no se sustentan en los alcances de las normas internacionales, generando con ello, un abuso excesivo en la formulación de la acusación. Pudiendo, desde un primer comienzo, ser archivadas, por no pasar el control convencional de las acusaciones.

TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“La manera de cómo se contraviene el sistema formal, esto es, del sistema de justicia ordinaria, al momento de aplicar el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales, está en que los señores jueces que administran justicia, tienen en su gran mayoría la formación positivista, ello hace posible que exista una negación del sistema formal por ellos mismos. En tal sentido, aplicar las normas del Convenio 169 por jueces positivizados, genera una crisis estructural del sistema de administración de justicia. Por cuanto, no

todos los usuarios que recurren al sistema judicial, pertenecen al sistema formal, sino, que existen otros sistemas, en este caso el sistema especial”.

El derecho contemporáneo se decanta por dos posturas dogmáticas, unas que consideran que el derecho es puramente norma, un sistema que se haya así mismo como positivo. Un derecho que no reconoce la existencia de ninguna otra postura, algunos lo consideran como el derecho monista. Esto es, que el Estado reconoce solo una forma constitucional de administrar justicia. Teoría que nos ha sido impuesta históricamente y que hasta el día de hoy tiene vigencia.

Por otro lado, se tiene la teoría o postura pluralista, la cual se decanta por entender al derecho no como positivo, sino que, nos ofrece un alcance mayor. Nos dice que, en un Estado pueden coexistir varias formas de administrar justicia, las mismas que no necesariamente se hayan escritas o positivizadas como en la primera teoría. Sino que, son transmisible de generación en generación, ya sea de forma hablada o de forma simbólica.

Tales criterios demarcan el devenir de un proceso, sí los jueces se hayan de pronto con criterios puramente positivistas, normativistas, los efectos suelen ser devastadores para los miembros de pueblos originarios, pero sí, tales criterios son dispuestos de manera correcta, se evitará cometer tales atropellos. Ambos sistemas normativos coexisten y se deben mutuo respeto.

Tan es así que, nuestro actual Código Procesal Penal, publicado mediante el Decreto Legislativo N.º 957, en su artículo 18º dispone los límites de la jurisdicción ordinaria. Así se tiene que: *“La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: 1) De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución; 2) De los hechos punibles cometidos por adolescentes; 3) de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución”.*

Y como ya se ha podido constatar, aún hay un margen de Jueces penales que no reconoce la justicia especial. Así se tiene un 54.5% que **sí** niegan la potestad de administrar ellos mismos sus conflictos, frente a un 45.5% de jueces que sí reconocen dicha autonomía. Tal reconocimiento presenta ciertas exigencias; como se puede ver, está condicionada, a que no se hayan transgredido o violado derechos fundamentales.

PROPUESTA

Nuestra propuesta consiste, en proponer algunos conceptos normativos sobre el sistema pluralismo que tiene nuestro sistema legal.

Como se ha venido viendo, a lo largo de nuestra historia los sistemas normativos de los pueblos originarios han sido relegados y marginados, social, económica y jurídicamente.

En primer lugar, partiremos por el principio de la igual dignidad de pueblos y culturas. Ello significa, que no existe sociedades mejores o peores, de primer nivel o de segundo nivel, sino de una relación horizontal y no vertical. En este sentido, el reconocimiento de los sistemas jurídicos de pueblos originarios no se da desde parámetros limitantes de una sola cultura, sino que deben ser dados desde una perspectiva puramente paritaria.

En necesario traer a colación el tema de “cultura”, el mismo que, ha tenido y creemos que seguirá teniendo, diversidad de acepciones. No pretendemos reducir dicha discusión, pero si, proponer nuestra propia acepción o entendimiento de dicha palabra. No obstante, ello, haremos alguna descripción sobre dicha palabra y, para ello, nos remitiremos a algunas ideas.

En ese sentido se tiene el aporte del Christian Giordano, (2012):

Para quien la noción de cultura presenta las siguientes atenciones: “Si preguntamos a una muestra de individuos qué les sugiere el término cultura, nos veríamos confrontados a una asombrosa pluralidad de opiniones y definiciones. De esto se deduce que esta

noción posee un carácter explícitamente polisémico, pues se le atribuyen significados diversos, a menudo contradictorios”. (p. 28).

Como podemos ver, dicha idea, no hace más que reflejar un duro problema, tal vez al idioma español, por cuanto, sus palabras tienen una gran diversidad de significados. Y la palabra cultura no es ajena a dicha variable. El mismo problema se suele presentar, tal vez, al momento de pretender definir qué es el derecho. Pero no por ello, se tiene que rehuir a una definición que permita al investigador o aplicador del derecho, al menos para cuestiones de fundamentación, de qué se entiende por derecho como de cultura.

El presente autor en comento, sugiere partir de dos cuestiones, en primer lugar, de una noción de cultura en sentido estricto y el segundo, de una noción en sentido amplio.

A decir de la primera noción, el sentido estricto, siguiendo la reflexión de Giordano (2012):

Es la definición utilizada en el lenguaje cotidiano, en los medios de comunicación y en ciertas disciplinas humanísticas. Esta concepción de la cultura asimila a la literatura, la música, las bellas artes (...) y, en general, a todas las actividades nobles de la mente humana, edificantes desde una perspectiva ética y/o preciosas desde una perspectiva estética”. (p. 28).

A decir de nuestro autor, la noción de cultura está limitada a un campo estricto, esto es, a las disciplinas humanísticas, de tal manera que se encuentran restringidas y separadas de ésta noción de cultura, las ciencias naturales, la lógica, entre otros. Se podría decir que, se encuentran expulsadas de dicha definición de cultura, todos los comportamientos en sociedad que, representen comportamientos repetitivos, banales, carentes de profundidad intelectual.

Ahora bien, en este punto, debemos hacer referencia al premio nobel de literatura peruana, Mario Vargas Llosa, que, en su obra, la civilización del espectáculo, lleva a cabo una

serie muy interesante de reflexiones, tanto histórica y bibliográfica, entre otro. Así las cosas, debemos realizar una sucinta exposición de sus ideas más importantes.

A decir del escritor peruano examinando la obra del autor T.S. Eliot, sugiere que: la cultura se estructura en tres instancias. En primer lugar, se tiene al individuo, en segundo lugar, al grupo o élite y, por último, en el tercer lugar, la sociedad, (Vargas 2015, p. 15)

A decir de dicho autor, la alta cultura es patrimonio de una élite. Ahora bien, no solo la cultura es fruto de la familia, a quien se le atribuye la más grande responsabilidad de transmitir las primeras formas de educación. Más debemos decir que, cultura y conocimiento no son similares, pues éste último, son conjunto de técnicas o información que permiten un intercambio o interacción en la sociedad. Más el primero, es decir, la cultura, trasciende todo lo anterior, va más allá de todo lo contemporáneo, su origen está imbricado con la aparición del mismo hombre en la faz de la tierra. Una vez que esta primera organización de formación o transmisión de cultura, fracasa, hace su aparición la iglesia, el cual es el mayor centro de formación e ideologización de cultura. “Cultura y religión no son la misma cosa, pero no son separables, pues la cultura nació dentro de la religión y, aunque con la evolución histórica de la humanidad se haya ido apartando parcialmente de ella, siempre estará “unida a su fuente nutricia por una suerte de cordón umbilical”. (Vargas, 2015, p. 17).

Dentro de este punto, es decir, dentro de la cultura en sentido estricto, tales reflexiones que lleva acabo el escritor de la “Conversación en la Catedral”, resulta sumamente provechoso, pues, hace mención entre otros puntos que, la cultura contemporánea se ha convertido en un espectáculo circense.

A decir de Vargas Llosa, (2015):

La civilización del espectáculo se torna en un mundo donde el primer lugar en la tabla de valores vigente lo ocupa el entretenimiento, el cual presenta consecuencias inesperadas: la banalización de la cultura, la generalización de la frivolidad y, en el

campo de la información, que prolifere el periodismo irresponsable de la chismografía y el escándalo. (p. 37)

En cuanto a la noción, del sentido amplio, según Giordano, (2012), se tiene que:

Implica un ámbito de aplicación mucho más vasto. Abarca sin distinción, todas las capacidades humanas sin someterlas a ningún juicio de valor. Desde esta perspectiva, la separación entre cultura y civilización es superflua. Además, no hay actividad noble ni jerarquía entre las diferentes producciones culturales, las que son consideradas equivalentes (ni superiores ni inferiores)”, (p. 20).

Definición que, a juicio de dicho autor, resulta siendo de mayor precisión conceptual, utilizada con mucha mayor propiedad. El objetivo de la presente descripción teórica, no es profundizar en las diversas teorías que explican la concepción de cultura, más sino, nuestra intención ha sido la de realizar una suerte de marco referencial a, fin de darle mayor soporte teórico a nuestra propuesta.

En segundo lugar, buscamos, a través de la descolonización de las relaciones de subordinación, que se evidencia en la relación Estado y Pueblos Originarios. Ésta descolonización tiene que darse en distintos campos, en primer lugar, ideológico, cultural, económico. Esto sin duda ha sido determinado según normas internacionales, pero lo cierto es que, aún existen remanente en el día a día. Hay normas que reconocen la autonomía y la propiedad territorial de los pueblos originarios, entre ellos tenemos: El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, estableciendo que, el Estado debe respetar las prioridades de desarrollo definidas por los pueblos (art. 7°). Del mismo modo tenemos a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual busca terminar con las injusticias históricas y reconoce la libre determinación, autonomía y autogobierno de los pueblos (art. 3°, 4°), y el derecho a participar, en la vida Nacional (art. 5°).

En tercer lugar, también es necesario trabajar el tema de las competencias. La jurisdicción indígena, manejan ellos mismos, en razón a sus necesidades sociales y culturales, por lo que, no es aceptable ningún tipo de limitaciones, su propia resolución de conflictos. Ello lo tenemos plasmado en normas nacionales e internacionales. La jurisdicción indígena tiene competencia respecto de cualquier persona que ingresa dentro de su ámbito territorial (art. 149°); o entre indígenas fuera de dicho ámbito (Convenio 169 de la OIT, art. 9,2); y, por otro lado, no tienen límites a la competencia material, ni en cuanto a las materias, cuantía o gravedad de hechos, pues en ello rige su propio derecho. Y, dentro de esta forma de resolución de conflictos, tales miembros, aplican sus propias sanciones, muchas de las cuales, han sido objeto de cuestionamiento, tan desmedidos y, hasta cierto lugar, fuera de juicio. Entre dichas sanciones, la mayoría de ellas, son de orden física, esto es, de afligirle dolor físico a la persona. En la selva central, las comunidades suelen propinarle algunas chalanqueadas, (azote con ortigas), entre otras. Tales sanciones, visto desde el positivismo radical, que se enseña y de aplica, tanto a nivel jurisdiccional como educacional, resulta contraproducente, atentatorio de derechos fundamentales. Observación que no compartimos por la razón ya expuesta. Al ser entendidos y visto como una sociedad holística, sus propias pautas culturales determinan su cosmovisión, por tanto, merecedoras de respeto y, todo lo que ello conlleva.

Una pregunta salta a la vista ¿Puede un juez ordinario cuestionar la forma de administrar las resoluciones de conflictos de estas comunidades? Somos de la idea que no, pues ello atenta con lo descrito en el artículo 149° de la Constitución, la cual le brinda jurisdicción en cuanto a la forma de resolver sus conflictos. El realizar tal acto, creemos que el juez ordinario cometería un exceso, cayendo a una suerte de abuso de autoridad, o más exactamente, cometería prevaricato.

Por tanto, el pluralismo jurídico, lo que pretende buscar es el derecho igualitario, la que se basa en un Pacto entre pueblo y en el diálogo intercultural para definir los derechos humanos y, otro que, están en la obligación de respetar todos los pueblos y el mismo Estado.

A decir, del Acuerdo Plenario N.º 1-2015/CIJ-116, se debe tomar en cuenta ciertas estrategias a fin de evitar mayores conflictos entre ambos sistemas normativos.

“14. La primera estrategia consiste en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presenten ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años...”. Tal como se puede apreciar, el sistema judicial ordinario aboga por un diálogo intercultural, el mismo que, en la práctica presenta ciertos conflictos. Muestra de ello son los IX Congresos de interculturalidad que fomenta el Poder Judicial a, fin de llegar a una coordinación debida. Tema que daría cabida a otra investigación jurídica.

Somos de la idea que, tales problemas, para no profundizar y complicarlo aún más, debería partir por el respeto entre ambos sistemas normativos, tanto lo de aplicación de la justicia ordinaria, o sistema monista, como de la aplicación de la “justicia especial”, o sistema pluralista del derecho. En tanto se reconozca tal respeto, tanto, en la forma como aplican sus propias normas, se evitará la presencia de conflictos de orden jurídico.

En cuanto al delito de secuestro y asesinato, somos de la siguiente idea:

Se ha podido constar de las sentencias analizadas que, el hecho de mayor gravedad por la cual se formula acusación es por el delito de secuestro, y, en un porcentaje algo menor, por el delito de asesinato.

En cuanto al primer delito el de secuestro, bajo los alcances del derecho positivo se comete privando de la libertad motora de la persona. A decir de la norma penal, el que: “sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el

móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra privación o restricción de su libertad”. Este tipo penal tiene como elemento normativo, privar de la libertad personal, el mismo que se cometería en tanto, no medie justificación alguna. Así las cosas, los miembros de los pueblos originarios, al momento de iniciar una intervención, y como consecuencia de sus decisiones, deciden trasladar a un miembro de su comunidad a un coso municipal, o una suerte de “carceleta”, a fin de interrogarlo, tales actos, por sí mismos, no constituyen delito de secuestro. Además, del análisis del tipo penal de secuestro, se evidencia un elemento interno del dolo. El cual, no podría configurarse en casos como lo justificado.

En otras palabras, el presidente de la comunidad y todos sus miembros deciden “arrestar”, “detener”, o mal llamado “secuestrar” al investigado para que declare sobre los supuestos crímenes, tal acto, no se subsumiría en tipo penal de secuestro. Asimismo, tampoco, podría configurarse el tipo de secuestro, argumentando que privaron de la libertad a un miembro de su comunidad, sí previo a ello, se ha decidido hacer tal acto. Además, se debe tener en cuenta que, tales decisiones de detención o arresto, o traslado a un coso de la comunidad, una suerte de cuarto, en donde se le “castiga”, a fin de conseguir su declaración, dichas decisiones están autorizadas, precisamente por los miembros, que, en cumplimiento de sus facultades, llevan a cabo tales acciones. Por esa razón consideramos que, ante un caso de supuesta privación de la libertad, mediante la conducta típica de secuestro, ésta no podría configurarse. Ello bajo el tenor de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución.

En cuanto al delito de asesinato, para mejor explicar, debemos comenzar por el caso “mata brujos” caso que resulta ser curioso, pues, presenta un compendio de jurisprudencias emitidas por la Corte Suprema, la cual declaraba la nulidad de la sentencia y ordenaba un nuevo juicio oral. Se tiene tres sentencias y dos ejecutorias. Dos de las primeras sentencias fueron absolutorias y la última absolutoria en el extremo de asesinato, mas no por el delito de secuestro; mientras que las dos ejecutorias, se decantaron por la nulidad de las sentencias.

En cuanto al delito de asesinato en el que se veían inmersos miembros de pueblos originarios, se encontraba muchos problemas. Toda vez que, o se respetaba la forma de administrar sus propias costumbres o, la de intervenir en tales casos por los funcionarios del Estado.

No es objeto de la presente tesis describir los alcances de las pericias antropológicas, más si no, la de describir, el grado de complejidad que presenta tales casos. A nuestra postura, dichos integrantes podrían cometer el supuesto de “asesinato” en tanto medie una afectación mayor al bien colectivo, tal como se describía del caso “mata brujos”, la comunidad se decantó por desaparecer el cuerpo de la persona. Argumentando que, dicha actividades que realizaba tal persona, afectaba la vida en comunidad, que afectaba el buen vivir, que afectaba la producción de las tierras, esto es, la de realiza actos de brujería. Las comunidades tienen como centro de reflexión no a la individualidad, más sino, a la colectividad. De tal manera que, ante un conflicto como el evidenciado en el caso de los “mata brujos” se prefiera la vida colectiva a la vida individual. Desde ese punto de vista se legitima su actuar, y ello está en concordancia con lo estipulado en el artículo 149 de la Constitución, con el artículo 2 inciso 19 del mismo cuerpo constitucional. En conclusión, la figura de asesinato se legitimaría en tanto se ponga en grave afectación la sobrevivencia de la comunidad y, por qué, además, la existencia de un miembro que se dedica a la brujería, debe ser contrastado, en ciertos casos con una pericia antropológica, para corroborar la factibilidad de eliminación de un individuo. Con ello, no estaríamos para nada, en la vulneración o violación de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

1. Los Señores Jueces penales de la Selva Central durante el año 2014-2017, no vienen aplicando el art. 149 de la Constitución de manera positiva, por cuanto al momento de motivar sus sentencias no les reconoce la autonomía la misma que se encuentra en la misma norma fundamental y de los resultados obtenidos, se tiene que, los miembros que administran justicia, no respetan las decisiones que se toma en el seno de la justicia especial.
2. Los Señores Fiscales Penales de la Selva Central, en la aplicación del convenio 169 OIT, no vienen influyendo de manera positiva en los delitos de secuestro y asesinato, estos porque no son debidamente fundamentados, no logran aplicar las normas internacionales, sobre los miembros de los pueblos originario, no fundamentan la existencia del sistema especial y mucho menos toman en cuenta que la Constitución les reconoce en el artículo 149° autonomía en la forma de administrar sus decisiones. Quebrantando con ello dicho principio, y, asimismo, del contenido del artículo 18 del Código Procesal Penal.
3. Los Señores Jueces que administran la justicia tiene en su mayoría la formación del sistema de justicia ordinaria al momento de aplicar el convenio 169 de OIT, sobre los pueblos originarios y tribales, es donde los señores jueces que administran justicia tiene en su gran mayoría la formación positivista, ello hace posible que exista una negación del sistema formal por ellos mismos en tal sentido al aplicar las normas del convenio 169 de la OIT, por los jueces positivizados generan una gran crisis estructural del sistema de administración de justicia, por cuanto no todos los usuarios que recurren al sistema judicial, pertenecen al sistema formal, si no, que existe otros sistemas, en este caso el sistema especial, sin embargo, de los resultados obtenidos se tiene que, principalmente los señores fiscales, al momento de formular su requerimiento acusatorio, no toman en cuenta lo que establece el Convenio 169°, con lo cual se criminaliza comportamiento que ya han sido sancionados por los mismos integrantes de dicha comunidad. En lo que concierne a los delitos trabajados,

secuestro y asesinato, son tipos penales que no cabría su comisión. Según lo descrito en la presente tesis.

Tanto el delito de secuestro como el delito de asesinato, de acuerdo a los parámetros esbozados, serían comportamientos estereotipados, comportamientos enmarcados dentro de los alcances de la norma consuetudinaria. El delito de secuestro o lo que es lo mismo, la privación de la libertad, en tanto, los miembros de la comunidad lo hayan ejercido dentro de sus funciones administrativas o de justicia especial, no podrían cometer tal hecho delictivo.

En cuanto al delito de asesinato, dado que no es una regla, el quitar la vida a otra persona. Somos de la idea que sí se vería justificado en tanto, el comportamiento del individuo atente contra la sobrevivencia de la comunidad nativa o indígena, es decir, se privilegiaría el bien colectivo antes que el bien individual. Tal como es el caso del “mata brujos”, decisión que debe ser tomado en cuenta a partir de los informes antropológicos.

RECOMENDACIONES

1. Se debe impulsar congresos regionales mediante la corte superior de justicia para aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adquiere la calidad de norma interna a raíz de la cuarta disposición final y transitoria. La cual hace imperativo al Estado peruano a aplicar las normas internacionales. Dicha norma internacional debe aplicarse en concordancia con lo descrito por el artículo 2 inciso 19 del mismo cuerpo constitucional, y también, bajo los alcances del artículo 149 de la Constitución. De tal manera que, los jueces deben aplicar lo dispuesto por tales normas. Teniendo como siempre la supremacía del Convenio internacional.
2. Los jueces penales de la Selva Central, deben tener congresos provinciales, regionales y nacional sobre de los pueblos originarios para la coordinación pueblo y estado para que así al momento de la imposición de una sentencia penal, sobre los delitos de secuestro y asesinato, tomen, en cuenta, los fundamentos del Convenio 169 de OIT. Parten de la premisa que, tales hechos, afectarían gravemente los derechos fundamentales de la persona. Dicha Convenio debería resultar siendo necesaria para justificar o fundamentar el por qué sí se impondría una sentencia o en su defecto, del por qué se les absolvería de la acusación penal. Asimismo, se debe entender la gran importancia del contenido del artículo 149 de la Constitución, el cual les autoriza, a los miembros de pueblos originarios, ver, resolver ellos mismos sus propios conflictos, de tal manera que, se haría excesiva la interferencia del “otro” derecho positivo.
3. Se recomienda que los señores jueces que administran justicia siguiendo el tenor anterior, a nivel de derecho interno se debe partir por el análisis y estudio de los alcances del artículo 149 de la Constitución, la misma que, consagra la autonomía en la administración de justicia especial. Esto es, los miembros de dichos pueblos tienen la facultad de ver ellos mismos sus

conflictos. Una vez hecho tal interpretación, se debe reconocer sus decisiones y no sometidos a un juicio de legalidad.

En cuanto a las penas o sanciones que imponen los pueblos originarios a sus infractores, éstas, vistas desde el derecho positivo, atentarían contra la dignidad, la salud, la integridad corporal; más, sin embargo, el Estado al reconocer que somos un pueblo pluricultural, multiétnico, también reconoce las distintas formas de sanción. En tal caso, no siempre se está ante una afectación o vulneración de derecho fundamentales. En conclusión, se recomienda tener presente que, esas “otras” formas de administrar o resolver conflictos, tienen sus propios sistemas normativos, y como tal, regulan, diseñan, y estructuran su vida a partir de sus propias necesidades. Las mismas que harían ver que no se afecta derechos fundamentales. El conocimiento de ello por parte de los jueces, fiscales y policías, ayudaría a no punibilizar o criminalizar dichos comportamientos. Y para ello es importante, lo ya señalado, que los jueces conozcan las normas internacionales, en este caso, el Convenio 169 de la OIT, el artículo 149 de la Constitución, el artículo 2 inciso 19 del mismo cuerpo constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abastos, M. (1949). *Necesidad de una legislación especial, en asuntos indígenas del Perú*.
Ministerio de justicia y trabajo. Lima: Año I, Vol. I, N.º 1.
- Adenauer, K (2008). *Hacia sistemas jurídicos plurales*. Colombia: Ed., Antropos Ltda.
- Almoguera, J. (1995). *Lecciones de teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Reus.
- Arazamendi, L. (2015). *Investigación jurídica. De la ciencia y el conocimiento científico*.
Proyecto de investigación y Redacción de la Tesis. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Bramont-Arias, L., García, Ma. (1997). *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial, 3ª. Lima:
Ed. Editorial San Marcos.
- Brant, J. (1986). *Justicia Popular: Nativos. Campesinos*. Lima: Centro de investigaciones
judiciales de la Corte Suprema de la República-Fundación Friedrich Naumann.
- Castillo, J. (2000). *Homicidio. Comentarios a las figuras fundamentales*. Lima: Gaceta
Jurídica.
- Castillo, J. (2002). *Principios del Derecho Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. (2006). *Jurisprudencia Penal 3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la
República*. Lima: Grijley.
- Castro, T. (2010). *El error en el Derecho Penal*. Lima
- García, P. (2019). *Intervención Delictiva en estructuras empresariales*. Lima: ed. Ideas.
- García, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Lima: Jurista Editores.
- Gómez, G. (1999). *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Lima: T. IV, Rodhas.

- Flores, H. *Fiscalía adjunto de la segunda fiscalía provincial penal Corporativa de Chanchamayo. Disposición fiscal de no formalizar ni continuar con la Investigación Preparatoria. Material presentado en el VIII Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, por el Juez Superior de Junín, Sócrates Mauro Zevallos Soto. Disposición fiscal que ha sido suprimido en cuanto a sus datos, entre ellos: número de disposición, entre otros. Fundamento Quinto, párrafo décimo.*
- Fontán, C. (2002). *Derecho Penal. Parte Especial*. 16ª ed., actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Francia, L. (1992). *Pluralidad cultural y derecho penal, en Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, justicia y Derechos Humanos*. Lima.
- Hugo, A. (2014). *El delito de homicidio calificado por codicia*. Lima: Actualidad Penal, diciembre, N.º 6.
- Hurtado, J. (1979). *La Ley importada: recepción del Derecho Penal en el Perú*. Lima: Cedys.
- Hurtado, J. (2012). *Derecho Penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú. En Sistema de control penal y diferencias culturales*. Perú, Lima: Anuario de Derecho Penal 2010. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hurtado, J., Prado, V. (2012). *Derecho Penal, PG, I, S 1, n. m. 23*. En, García Caverro, Percy, Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. Lima: Jurista Editores.
- Meine, I. (2009). *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal*. Lima.
- Pérez, J. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad Penal*. Lima: Ed., Gaceta Jurídica.
- Peña, R. (1992). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. T. I. Lima: Ediciones Jurídicas.

- Poole, D. (2006). *Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal*. Universidad Autónoma Metropolitana. En revista *Alteridades*, Año 16, Núm. 31, enero-julio.
- Rodríguez, I. (2010). *Introducción al derecho*. 3ª ed., Lima: Ed. Universitaria.
- Rojas, F. (1999). *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. T. I, Lima: Idemsa.
- Roy, L. (2000). *Derecho Penal*. 1ra. reimpresión, T. I. Lima
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima, Perú: INPECCP, CENALES.
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. 1. Lima: Ed. Iustitia
- Sánchez, F. (2019). *Tesis. Desarrollo metodológico de la investigación*. Lima: Normas Jurídicas.
- Sánchez-Vera, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. 1ª. Madrid: Edición, Marcial Pons.
- Santos, S. (1988). *El discurso y el Poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris.
- Serrano, A. (1996). *Derecho Penal. Parte Especial I. Delitos contra las personas*. Madrid: Ed. Dickinson.
- Silva, F. (2000). *Introducción a la antropología jurídica*. Lima: Universidad de Lima-Fondo De Cultura Económica.
- Urteaga, P. (1994). *Pluralismo legal y semi-autonomía en deshaciendo entuertos*. Medios alternativos de resolución de conflictos. Boletín N.º s. 3-4. Lima.

Vanderlinden, J. (1972). *Le pluralismo juridique*. In Gilissen, John. (Dir). *Le pluralismo Juridiqué*. Ed. De la Universidad de Bruselas.

Villa, J. (1998). *Derecho Penal. Parte Especial*. T.I.B., Lima: Ed. San Marcos.

Von Benda, F. (2014) *La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal. Ponencia presentada a la conference of the comisión on Legal Pluralismo, realizada los días 8 a 10 de setiembre de 2011 en ciudad del Cabo, Sudáfrica*. En *Pluralismo jurídico e interlegalidad*. Compilación y traducción: Armando Guevara Gil, Aníbal Gálvez Rivas. Centro de investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villavicencio, F. (1990). *Lecciones de derecho Penal. Parte General*, Lima: Cultural Cuzco.

Villavicencio, F. (1997). *“Introducción a la criminología”*, Lima: ed. Grijley.

Villavicencio, F. (1997). *Código Penal*, Lima: Grijley.

Villavicencio, F. (2017). *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Lima: Ius puniendi, Ideas.

Wolkmer, A. (2006). *Pluralismo jurídico-fundamentos de una nueva cultura de Derecho*. Sevilla: Mad.

Yrigoyen, R. *¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario?:* En <http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/2017/ABC-5-pluralismo.pdf>

Yrigoyen, R. (2014) *El curso de “Pluralismo jurídico”*. Ha sido recopilado del material elaborado por la Dra. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, con el apoyo de Carlos J. Elguera Álvarez, para la Academia de la Magistratura, en marzo 2014. Lima Perú.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

1. Ejecutoria Suprema del 15 de enero del 2015, véase; R.N. N° 2622-2013- Lima- Sala Penal Transitoria. También insiste en tal concepto la ejecutoria Suprema del 01 de octubre del 2015
2. Exp. N° 02765-2014-PA/TC. Amazonas, caso Carmen Zelada Requelme y otros. Fundamento N° 10.
3. Exp. N° 01126-2011-HC/TC. Madre de Dios, Juana Griselda Payaba Cachique. Fundamento N° 13.
4. Exp. N° 01126-2011-HC/TC. Madre de Dios, Juana Griselda Payaba Cachique. Fundamento N° 14 y 15.
5. Exp. 03343-2007-PA/TC, fundamentos 28 y 29.
6. R.N. N.° 3112-2014 Cajamarca, f.j. n.° 3
7. R.N. N.° 2113-2017, Lima. Fundamento noveno. Ponente Barrios Alvarado.
8. R.N. N.°4203-2009, El Santa. Fundamento Tercero. Ponente Lecaros Cornejo.
9. R.N. N.° 1207-2018, Lambayeque. Ponente: Quintanilla Chacón. Fundamentos 7.4, 7.5, 7.6.
10. Casación 1537-2017, El Santa. Sumilla
11. R.N. N.° 1192-2012, Lima. Fundamento 4.4.
12. R.N. N.° 1430-2014, Cusco. Sumilla.
13. R.N. N° 975-04 San Martín- Sala Penal Transitoria presidida por el vocal supremo titular. Robinson Gonzáles Campos.
14. Expediente N.° 0421-2007. Segunda Sala Mixta y Liquidadora de la Merced-Chanchamayo. Sentencia expedida el ocho de noviembre de dos mil diecisiete.
15. Acuerdo Plenario N° 1-2015/CJ-116. Sobre la aplicación del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes, Lima: 2 de octubre.

16. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. Rondas Campesinas y Derecho Penal, Lima: 13 de noviembre.

17. Existe un Pre-dictamen de la comisión de justicia y derechos humanos del congreso de la república recaído en los proyectos de ley 822/2001-CR y 3410/ 2002- CR que propone regular la función jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas (10 de diciembre de2003).

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES	METODOLOGÍA
¿De qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales influye en la fundamentación de sentencias penales, sobre delitos de secuestro y asesinato, expedidas por la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced 2014-2017?	Determinar de qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales influye en la fundamentación de sentencias penales, sobre delitos de secuestro y asesinato, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017.	Los señores jueces de la Corte de la Selva Central de La Merced, durante los años 2014 y 2017, al momento de expedir sus sentencias, éstos no han venido aplicando el Convenio 169 de la OIT para fundamentar su incompetencia. Desconociendo su autonomía, la misma que es reconocida por la Constitución.	<u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u> - Convenio de la OIT 169 sobre miembros de pueblos originarios y tribales:	<u>MÉTODOS GENERALES:</u> Inductivo-Deductivo Análisis-Síntesis <u>MÉTODOS PARTICULARES:</u> EXGÉTICO, SISTEMÁTICO Tipo y nivel de investigación: <u>Tipo de investigación: Básica.</u> Nivel de Investigación: Explicativa Diseño No experimental transeccional
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICOS	<u>VARIABLES DEPENDIENTES</u>	
A. ¿De qué forma la aplicación del artículo 149 de la Constitución Política del Estado influye en la expedición de sentencias penales del delito de secuestro, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced 2014-2017?	A. Establecer de qué forma la aplicación del artículo 149 de la Constitución Política del Estado influye en la expedición de sentencias penales del delito de secuestro, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017.	a. La aplicación del artículo 149 de la Constitución no viene influyendo de manera positiva, por cuanto, los jueces penales de la Selva Central, al momento de motivar sus sentencias, no les reconoce autonomía, la misma que se encuentra en dicha norma fundamental.	- Fundamentación de sentencias penales - DELITO DE SECUESTRO - DELITO DE ASESINATO	<u>POBLACIÓN: 50 SENTENCIAS PENALES</u> <u>MUESTRA: 44 SENTENCIAS PENALES</u> <u>TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS</u> - <u>Análisis documental</u> - <u>Observación no participante</u>
B. ¿De qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales influye en las Disposiciones de Acusación por el delito de Secuestro, en la 1ra Sala de la Corte Superior de Justicia de la	B. Establecer de qué manera la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales influye en las Disposiciones de Acusación por el delito de Secuestro, en la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017	b. La aplicación del Convenio 169 sobre miembros de pueblos originarios no viene influyendo de manera positiva al momento de formular acusación en los delitos de secuestro y asesinato, por parte de los señores fiscales. Esto por cuanto, no son debidamente fundamentados		

Selva Central de La Merced, 2014-2017?		por los señores fiscales. No logran aplicar las normas internacionales sobre miembros de pueblos originarios.		
C. ¿De qué manera la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas influye en la negación del sistema forma de Administración de Justicia de la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced 2014-2017?	C. Establecer de qué manera la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas influye en la negación del sistema forma de Administración de Justicia de la 1ra Sala de la Corte de la Selva Central de La Merced, 2014-2017	c. La manera de cómo se contraviene el sistema formal, esto es, del sistema de justicia ordinaria, al momento de aplicar el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos originarios y tribales, está en que los señores jueces que administran justicia, tienen en su gran mayoría la formación positivista, ello hace posible que exista una negación del sistema formal por ellos mismos. En tal sentido, aplicar las normas del Convenio 169 por jueces positivizados, genera una crisis estructural del sistema de administración de justicia. Por cuanto, no todos los usuarios que recurren al sistema judicial, pertenecen al sistema formal, sino, que existen otros sistemas, en este caso el sistema especial.		

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

ESCUELA DE POSGRADO UPLA

MENCIÓN: CIENCIA POLÍTICAS

1. **TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:** “APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE MIEMBROS DE PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS PENALES DEL DELITO DE SECUESTRO Y ASESINATO EN LA 1RA SALA DE LA CORTE DE LA SELVA CENTRAL DE LA MERCED, 2014-2017
 2. **INVESTIGADOR:** BALTAZAR CARBAJAL ALEJANDRINA MARÍA
 3. **Área:** Ciencias Penales
 4. **Línea de investigación:** Teoría de la pena y sistema de penas
-

CUESTIONARIO

Nº	PREGUNTA	SI	NO	TOTAL
1	¿Para expedir sentencias penales condenatorias en el delito de secuestro en contra de miembros de pueblos originarios se recurre al Convenio 169 de la OIT, como fundamento jurídico?	20	24	44
2	¿En la expedición de sentencias penales condenatorias en el delito de asesinato, los jueces de la Sala Superior de la Merced recurren al Convenio 169 de la OIT para fundamentar su decisión?	10	34	44
3	¿De la formulación de la acusación penal por los delitos de secuestro y asesinato, dichas acusaciones presentan como fundamento lo establecido por el Convenio 169 de la OIT?	14	30	44
4	¿De los fundamentos jurídicos de las sentencias penales expedidas por los Jueces Superiores de la Merced, por los delitos ya mencionados, se niega la jurisdicción especial?	24	20	44
5	¿De las sentencias penales expedidas por los jueces superiores de la Merced, se respeta la forma de administrar o resolver sus propios conflictos de los pueblos originarios, de los delitos antes mencionado secuestro/asesinato?	24	20	44