

APROXIMACIÓN AL HÁBEAS CORPUS INDÍGENA

APPROACH TO INDIGENOUS HABEAS CORPUS

Juan Carlos Ruiz Molleda*

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Resumen

Existe suficiente cobertura normativa convencional, constitucional y legal para sostener que el proceso constitucional de hábeas corpus, tal como está regulado en nuestro ordenamiento jurídico peruano, puede constituir una herramienta ideal para proteger y defender el derecho a la libertad personas y derechos conexos de los pueblos indígenas cuando son procesados y condenados por el sistema de justicia penal ordinario, sin tomar en cuenta la diferencia, todo ello de conformidad con el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT. Consideramos que los jueces penales peruanos, según el principio de preferencia por sanciones distintas a la prisión para los ciudadanos indígenas, deberían optar por sustituir la pena privativa de libertad por penas limitantes de derechos y más apropiadas culturalmente. En este sentido, la pena privativa de libertad sólo debe utilizarse excepcionalmente, cuando la gravedad o calidad de los bienes jurídicos afectados lo justifique.

Palabras claves: *Habeas corpus, pueblos indígenas, procesos constitucionales, derecho a la libertad personal, pena privativa de libertad.*

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría concluidos. Trabajó como asesor en el Congreso de la República, en la Vicaría de Solidaridad de la Prelatura de Sicuani (Cusco), en la Oficina Regional Sur Andina de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Fue profesor en la PUCP y en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Actualmente es Coordinador del Área de Justicia Constitucional del Instituto de Defensa Legal. E-mail: jruiz@idl.org.pe.

Abstract

There is sufficient conventional, constitutional and legal normative coverage to maintain that the constitutional process of habeas corpus, as regulated in our Peruvian legal system, can constitute an ideal tool to protect and defend the right to personal liberty and related rights of peoples. indigenous people when they are prosecuted and sentenced by the ordinary criminal justice system, without taking into account the difference, all in accordance with article 10.2 of ILO Convention 169. We consider that Peruvian criminal judges, according to the principle of preference for sanctions other than prison for indigenous citizens, should choose to replace the custodial sentence with rights-limiting and more culturally appropriate sentences. In this sense, the custodial sentence should only be used exceptionally, when the severity or quality of the legal assets affected justify it.

Keywords: *Habeas corpus, indigenous peoples, constitutional processes, right to personal liberty, custodial sentence.*

1. Introducción

¿Pueden los jueces peruanos procesar penalmente a miembros de comunidades campesinas y nativas y pueblos indígenas en general, imponiendo penas privativas de la libertad, sin tener en cuenta la diferencia cultural y sus derechos lingüísticos? ¿Es compatible con el derecho a la igualdad y a la no discriminación tratar a aquellos igual que a los pobladores castellano hablantes de las grandes ciudades, a pesar de la diferencia cultural e idiomática? ¿Puede imponerse penas de prisión a los pueblos indígenas cuando sobre procesados por la justicia penal? ¿Qué dice el Convenio 169 de la OIT que recoge los derechos de los pueblos indígenas?

Como lo decíamos en otro lugar (Juan Carlos Ruiz Molleda et al., 2016), la gran mayoría de las sentencias en procesos penales contra dirigentes de comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas en nuestro país, tienen un vicio de nulidad, pues en forma sistemática y recurrente violan los derechos fundamentalmente procesales de estos. No se trata de la violación de una u otra garantía del debido proceso, sino que nuestros jueces peruanos no toman en cuenta la “diferencia cultural” al momento de impartir justicia contra estos miembros de pueblos indígenas. Nos referimos a los derechos procesales de los pueblos indígenas cuando individualmente son procesados por la jurisdicción ordinaria, impartida por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

A continuación, plantearemos que el proceso constitucional de hábeas corpus, pueden constituir una herramienta idónea para proteger y defender la libertad ambulatoria de los indígenas, cuando son procesados y condenados por la justicia penal ordinaria, sin tomar en cuenta la diferencia, de conformidad con el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT.

2. Consideraciones generales sobre el hábeas corpus

Según el artículo 200°, inciso 1 de la Constitución, la demanda de hábeas corpus es procedente ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o derechos constitucionales conexos. Si bien el hábeas corpus fue creado inicialmente para enfrentar las detenciones arbitrarias, con el tiempo según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha ido ensanchando su ámbito de intervención y desarrollando diversas modalidades, de tal forma, existe hoy en día en la doctrina toda una tipología del hábeas corpus. Tenemos así los siguientes hábeas corpus: el reparador o clásico, el restringido, el correctivo, el preventivo, el traslativo, el instructivo, el innovativo y el conexo¹.

Sin embargo, no se trata de una lista cerrada, hay nuevos tipos de habeas corpus. Uno de ellos es el hábeas corpus indígena, el cual está pensado para defender la libertad ambulatoria de miembros de pueblos indígenas. Como luego veremos, el funda-

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02663-2003-HC/TC, fundamento 6. La tipología expuesta en esta sección es producto de las consideraciones contenidas en la sentencia.

mento de esta protección reforzada de la libertad ambulatoria de los indígenas está en la diferencia cultural de estos últimos, la cual se traduce en la obligación de tomar en cuenta la diferencia cultural al momento de impartir justicia sobre estos en general, y más en concreto, al momento de restringir la libertad ambulatoria de los mencionados indígenas.

El artículo 2, inciso 24, letra f de la Constitución es muy claro, *“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”*. Este derecho encuentra en el hábeas corpus el proceso constitucional especialmente diseñado para su protección y tutela. En consonancia con el artículo 200 inciso 1 de la misma Carta Política, *“La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”*.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), *“El inciso 24 del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias”*. (STC No 0019-2005-AI/TC, f.j. 11). Añade el TC que *“La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales”*. (STC No 0019-2005-AI/TC, f.j. 12).

Asimismo, el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley No 28237, precisa que procede el hábeas corpus *“ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual”*. Acto seguido, precisa hasta diecisiete supuestos donde es pertinente y oportuno la interposición del hábeas corpus².

(2) 1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones; 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme; 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería; 5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado; 6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad; 7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan; 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia; 9) El derecho a no ser detenido por deudas; 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad,

3. El hábeas corpus indígena

Entendemos por habeas corpus indígena aquella modalidad de proceso constitucional de hábeas corpus que tiene por finalidad proteger el derecho a la libertad ambulatoria de los indígenas, cuando se les pretende imponer prisión preventiva o pena privativa de la libertad efectiva (encarcelamiento), en el marco de un proceso penal ante la justicia estatal ordinaria e incluso ante la justicia indígena recogida en el artículo 149 de la Constitución.

La cobertura normativa de este tipo de hábeas corpus está en el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, norma de rango constitucional de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código procesal Constitucional, el artículo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, y la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (STC No 00022-2009-PI/TC f.j.9).

Artículo 10

- 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*
- 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*

La norma del Convenio 169 de la OIT es clara, "*Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*". Siguiendo a Alexy, a esta norma vamos a denominarla como norma constitucional o más precisamente norma convencional directamente estatuida, mientras que su concreción, que significa la interpretación de esta disposición del Convenio 169 de la OIT, vamos a denominarla como norma constitucional adscrita o norma convencional adscrita o adherida a una norma a una norma convencional directamente estatuida (Robert Alexy, 1993: pág. 63-73).

Del artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, es posible concluir al menos las siguientes normas convencionales adscritas, que puede ser identificada y formulada en los siguientes términos deónticos siguiendo la terminología de Alexy:

N10.1:

Está ordenado a todos los jueces del Poder Judicial que conozcan procesos penales

así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República; 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal "g" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución; 12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción; 13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados; 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez; 15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución; 16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada; y 17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

contra indígenas, preferir penas distintas a la pena de encarcelamiento cuando las normas generales del Código Penal lo impongan.

N10.2

Está ordenado a todos los jueces del Poder Judicial que conozcan procesos penales contra indígenas, imponer pena de encarcelamiento sólo en casos extremos o excepcionálísimos.

N10.3

Está ordenado a todos los jueces del Poder Judicial que conozcan procesos penales contra indígenas, fundamentar debidamente cuando decidan imponer prisión preventiva o pena de encarcelamiento y apartarse de lo establecido en el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT.

La primera norma adscrita se desprende casi de la literalidad del artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, mientras la segunda y la tercera norma adscrita, se desprende del verbo “preferir”, utilizado por el mismo Convenio 169 de la OIT. En palabras del jurista argentino Alberto Binder comentando el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, *“la regla general, en caso de indígenas procesados por la justicia ordinaria debería ser una medida alternativa a la prisión, y sólo en casos extremos o excepcionálísimos, y debidamente justificados, el juez podría aplicar una medida o pena de prisión, respectivamente”*³. Precisamente, esta es la base del principio de preferencia de sanciones distintas al encarcelamiento en ciudadanos indígenas.

En ese mismo sentido, el artículo 3º de los *“Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”* de la Organización de Estados Americanos establece que *“cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”*⁴.

Es importante analizar qué tipo de normas constitucionales son las contenidas en el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT. En concreto se precisa saber si estamos ante una norma regla o ante una norma principio, que son las dos formas o los dos tipos de normas constitucionales (Carlos Bernal Pulido, 2003: 225). Siguiendo a César Landa, se han propuesto diversos criterios de distinción, *“Entre los que han alcanzado mayor difusión tenemos a los criterios estructural y cualitativo. Por el primero, se entiende que reglas y principios son normas que se diferencian por su estructura semántica. En tanto que en las reglas es posible identificar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, en los principios esto no es factible”*. (Cesar Landa, 2014).

(3) Al respecto, véase el informe amicus curiae presentado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, a cargo de Alberto Binder, en el caso de las medidas cautelares solicitadas por Gregorio Santos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (p. 12). Disponible en: <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Amicus-Curiae-Alberto-Binder-Caso-Gregorio-Santos.pdf>

(4) Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Añade que *“Por el segundo criterio, el cualitativo, se entiende que los principios, a diferencia de las reglas, ordenan que algo se haga en la mayor medida posible, considerando las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por ellos los principios pueden ser concebidos como mandatos de optimización, en tanto la medida de cumplimiento puede ser realizada en diferente grado. El ámbito de su realización también depende de los principios y reglas que se le oponen”*. (Robert Alexy, 1988: 143)

En el caso del artículo 10.2 del Convenio estamos ante una norma regla, pues tiene un supuesto hipotético y luego tiene consecuencia. El supuesto de esta disposición es un proceso penal donde haya sido dictada una prisión preventiva o una pena privativa de la libertad, y la consecuencia es el mandato de *“preferir”* penas alternativas al encarcelamiento. Estamos ante una norma conocida como *“todo o nada”*. Es decir, o se cumple o no se cumple el mandato. Y si no se cumple con esta regla, deberá de motivarse adecuadamente las razones jurídicas, teniendo en cuenta que la privación de la libertad ambulatoria es una medida excepcional. No hay términos medios. Esta constatación es importante, pues no estamos ante un principio que deberá ser aplicado en la mayor medida de lo posible sino ante una norma regla, cuyo mandato de cumplimiento es categórico e indubitable, recayendo en el juez una intensa obligación de motivación y fundamentación cuando no prefiera penas alternativas en casos de indígenas.

Todo esto se traduce y de reconduce en la obligación del órgano jurisdiccional de motivar su decisión que ordena la prisión preventiva o la pena de encarcelamiento contra los indígenas. Si el TC ha establecido en el caso de la detención preventiva hay una *“estricta”* exigencia y obligación de motivar, es razonable entender que en el caso de indígenas, esta obligación se vuelve más estricta e intensa aún. En efecto, el TC insiste en el caso de la detención preventiva, que estamos ante una intensa obligación de motivar, toda vez que se está restringiendo nada menos que la libertad ambulatoria. Será claro al precisar que es en la motivación donde se puede advertir la *“ausencia de arbitrariedad”*: *“tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva”*. (STC No 1091-2002-HC, f. j. 17) (Resaltado nuestro)

En definitiva, si bien hay que tener en cuenta las diferencias, el habeas corpus indígena no puede significar impunidad para los delitos cometidos por indígenas, cuando han afectado en forma intolerable bienes jurídicos penales, y han cometido delitos. Debe asegurarse el normal desarrollo del proceso penal, y debe garantizarse que se obtenga los objetivos de todo procesal penal.

Esta obligación de motivación de la privación de la libertad la podemos encontrar en el artículo 2, inciso 24, letra f de la Constitución, cuando precisa que *“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”* (Resaltado nuestro). De igual manera, la cobertura

legal del hábeas corpus indígena estaría en el artículo 25 inciso 7 del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley No 28237, el cual precisa que solo por mandamiento motivado podrá detenerse a una persona.

“Artículo 25.- Derechos protegidos

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

[...]

7)El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan”.

Esto significa que una orden de detención sobre una indígena, que no tome en consideración el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, no será una resolución motivada, y sería contraria a esta disposición, incompatible con la garantía procesal de motivación y con el principio de interdicción de arbitrariedad. Es decir, si en la obligación de motivación de una condena de prisión efectiva contra un indígena, no se hace referencia expresa a las razones por las cuales está incumpliendo el mandato establecido en el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, por qué se considera que estamos ante un caso excepcionalísimo, habrá una violación a la obligación de motivación. Es precisamente en la obligación de motivación donde se concreta el hábeas corpus indígena.

En relación con la finalidad del hábeas corpus indígena, en caso de prisión preventiva el proceso de habeas corpus tendría como objetivo la variación de la prisión preventiva por una orden de comparecencia. En caso de una condena de pena privativa de la libertad efectiva, deberá cambiarse la pena, revirtiéndose la situación en favor de las personas encarceladas, en virtud del artículo 52 del Código Penal, cuando son penas menores de 4 años. El juez penal, en consecuencia, debiera optar por la conversión de la pena, especialmente a favor de la prestación de servicios a la comunidad, sustancialmente menos agresiva.

“Artículo 52°.- Conversión de la pena privativa de libertad

En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29°-A del presente Código38”.

4. La obligación de preferir penas alternativas a la prisión en la experiencia comparada

El artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT ha sido implementado también en otros países, desarrollándose experiencias que vale la pena mirar. Por ejemplo, lo establecido en el Distrito Federal de México, donde se ha determinado que *“cuando se fijen sanciones penales a indígenas, [los tribunales deben] procurar que tratándose de penas alternativas, se imponga aquella distinta a la privativa de la libertad”*. Se trata del artículo 28.10, Decreto por el que se expide la ley para prevenir y eliminar la discriminación en el distrito federal, 24 de febrero de 2011⁵.

“Artículo 28.- Los entes públicos, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras medidas positivas a favor de la igualdad real de oportunidades para los pueblos indígenas y originarios y sus integrantes, las siguientes:

[...]

X. En el marco de las leyes aplicables en el Distrito Federal, cuando se fijen sanciones penales a indígenas, procurar que, tratándose de penas alternativas, se imponga aquella distinta a la privativa de la libertad, así como promover la aplicación de sustitutivos penales y beneficios de preliberación, de conformidad con las normas aplicables;” (Resaltado nuestro)

En el mismo sentido, el Código Penal de Canadá establece que los jueces deben considerar toda sanción alternativa a la privación de libertad que sean razonables bajo las circunstancias para infractores indígenas⁶.

“Todas las sanciones disponibles que no sean la pena de prisión que sean razonables en las circunstancias deben considerarse para todos los delincuentes, prestando especial atención a las circunstancias de los delincuentes aborígenes.” (Traducción libre)

De otro lado, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala emitió una opinión consultiva acerca de la compatibilidad del Convenio 169 de la OIT con la Constitución Política de Guatemala, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad⁷.

(5) Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-cae358cccc07e426436f4dd2adcbae94.pdf>.

(6) RSC 1985, c C-46, s 718.2(e). Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=221110. Lo que dice la norma en inglés es “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”.

(7) En el expediente 199-95, Opinión consultiva relativa al convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (OIT), 18 de mayo de 1995 OIT. En ella “analiza con detalle los antecedentes del convenio 169, y presenta después el marco constitucional guatemalteco relevante en la materia. A continuación, analiza la compatibilidad general del convenio con la constitución. Finalmente, analiza la compatibilidad de cada una de las partes del convenio con la constitución. La corte de constitucionalidad concluye que el convenio 169 es plenamente compatible con la constitución política de Guatemala”. La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos, 2008, pág. 154,

En relación con el artículo 10.2 precisa la Corte de Guatemala, en el marco de un ejercicio de control constitucional que *“en lo que respecta al artículo 10, al establecer que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, al imponérselas a los miembros de los pueblos indígenas, debe entenderse también que se refiere a tipos de sanción distintos, contemplados dentro de la legislación. Así puede mencionarse que en muchas comunidades no se utiliza como sanción de un delito la cárcel sino medidas reparadoras del daño, por lo que si estos mecanismos han sido eficaces en ciertas comunidades podrían introducirse en la legislación para que se apliquen a esos grupos indígenas; sin embargo, de no existir tipos de sanción diferentes del encarcelamiento deberá aplicarse éste, pero al haber incorporado dentro de la legislación otras sanciones diferentes al encarcelamiento deberá darse preferencia a las mismas”*. (OIT, 2008: 154)

Otro pronunciamiento que OIT valora y recoge, es sobre la experiencia de Groenlandia (Dinamarca). Precisa que *“El Código Penal de Groenlandia se basa, en parte, en el derecho consuetudinario de los Inuit de Groenlandia, al que se recurre en especial para la sanción de los delitos penales, mientras que la determinación de la culpabilidad se recurre al derecho penal danés. El encarcelamiento como sanción sólo es aplicable en los casos de los delitos más graves, o en otros casos que se considere necesario. Las sanciones individuales por lo general consisten en amonestaciones, multas, prisión en suspenso y servicio comunitario. No existen prisiones de régimen cerrado en Groenlandia sino sólo institutos correccionales nocturnos. Durante el día, los reclusos pueden salir del instituto correccional para trabajar, estudiar y llevar a cabo otras actividades, entre las que se incluyen la caza y la pesca”*.⁸

5. La obligación convencional de los jueces de aplicar el Convenio 169 de la OIT

En relación con la obligación de aplicar el Convenio 169 de la OIT, el TC ha precisado que hay una obligación de los jueces de preferir la norma internacional, a propósito de la obligación de realizar el control de convencionalidad:

“5. Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana

(8) Commission on Greenland's Judicial System, Report No. 1442/2004; John Henriksen: Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169, ILO, 2008. Citado Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009, pág. 89.

de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH". (STC No 04617-2012-PA7TC, f.j.5)

De aquí se puede concluir, siguiendo a Luis Castillo Córdova (Luis Castillo Córdova, 2015: 192) en relación con el Convenio 169 de la OIT las siguientes normas constitucionales adscritas que pueden ser identificadas y formuladas en los siguientes términos deónticos.

N5: Está ordenado al Tribunal Constitucional y a los jueces penales del Poder Judicial realizar control de convencionalidad cuando ejercen su función de control constitucional.

N5': Esta ordenado tomar en cuenta a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogen y a la jurisprudencia de la Corte IDH, a la hora de realizar el control de convencionalidad.

El TC agrega en relación con la obligación de adecuar el derecho interno a los tratados internacionales de derechos humanos, como mandato que concreta el control de convencionalidad:

"13. Demostrada la vulneración de las disposiciones supranacionales resulta necesario adecuar el derecho interno a los tratados. Esto implica que si la normativa doméstica (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales. No estamos más que ante el deber general del Estado de adecuar su derecho interno (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). No está demás expresar que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones de derecho supranacional, sino también el Legislativo y el Ejecutivo, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado". (STC No 04617-2012-PA7TC, f.j. 13)

De aquí se puede concluir las siguientes normas constitucionales adscritas:

N13: Está ordenado al Estado peruano adecuar o suprimir la normatividad interna y los actos de los poderes públicos que contravengan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional vinculante para el Perú.

N13': Está ordenado a los poderes públicos cumplir las disposiciones de derecho supranacional sobre derechos fundamentales bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado.

También el TC ha dicho en la misma sentencia:

“14. Se puede distinguir un control de convencionalidad vertical que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un “margen de apreciación nacional” que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo, existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, iuscogens o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna”. (STC No 04617-2012-PA7TC, f.j. 14)

De esta referencia se puede desprender la siguiente norma constitucional adscrita.

N14: Está ordenado reconocer que las sentencias de la corte IDH vinculan a todos los tribunales internos de la región, los cuales las aplicarán según el margen de apreciación interna.

6. Reconocimiento por el Poder Judicial de aplicar las penas alternativas cuando procesan a indígenas

Los jueces también han reconocido esta obligación en el I Pleno Jurisdiccional Regional Sobre Justicia Intercultural, realizado en Ucayali, 2 y 3 de setiembre de 2016, se reunieron los señores Jueces Superiores integrantes de diversas Salas Superiores de los Distritos Judiciales de Amazonas, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Madre de Dios, Pasco, Puno, San Martín y Ucayali para la realización de las Sesiones Plenarias programadas para el I Pleno Jurisdiccional Regional sobre Justicia Intercultural. En ellas se estableció lo siguiente:

EJE TEMÁTICO N° 04: SANCION PENAL Y MEDIDAS CAUTELARES A CIUDADANOS DE LAS COMUNIDADES NATIVAS, COMUNIDADES Y RONDAS CAMPESINAS

4.1. ¿Los jueces deben preferir la aplicación de penas sustitutivas o alternativas de la pena privativa de la libertad para ciudadanos integrantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas?

El Pleno acordó por Unanimidad:

Los jueces deben:

Preferir la aplicación de las penas sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, como multas y limitativas de derechos, conforme con el Convenio 169 de la OIT, para los integrantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas. Esto debe realizarse, controlando que no se vulnere el principio de legalidad, de manera que la posibilidad de emitir sanción distinta al encarcelamiento solo debe darse en los casos que se impongan hasta 04 años de pena privativa de

libertad efectiva.

El Poder Judicial debe:

Proponer una modificación de la norma penal, de manera que se incremente la posibilidad de variación de la pena a servicios comunitarios, en el sentido de que la sanción distinta al encarcelamiento se pueda imponer en casos en que la sanción sea hasta de 08 años de pena privativa de libertad.

4.2. ¿Cuáles son las condiciones de coordinación necesarias para que los ciudadanos integrantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas puedan cumplir sanciones en sus propias comunidades?

El Pleno acordó por Unanimidad:

Los jueces deben:

a) Coordinar previa y oportunamente con los representantes de la comunidad o ronda el cumplimiento, dentro de su territorio o ámbito geográfico de jurisdicción, de las condenas de multas y otras penas de restricción de derechos o penas suspendidas, que no conlleven la privación de la libertad.

b) Verificar que exista una forma de control del cumplimiento dentro de la comunidad, sea nativa o campesina, o ronda campesina, y coordinar que ésta se comprometa a informar periódicamente al Juez sobre el lugar específico en donde se cumple la condena y la persona u órgano que vigila su cumplimiento.

c) Cumplir los Protocolos aprobados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial sobre Justicia Intercultural, en relación con la coordinación del Poder Judicial con las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas, para aplicarlos a la ejecución de sanciones del Poder Judicial en sus propias comunidades.

El Poder Judicial debe:

a) Impulsar la formación de un colegiado de autoridades en cada zona para la coordinación del cumplimiento de penas en las propias comunidades.

b) Replicar todos los acuerdos regionales a nivel distrital para que los jueces tengan conocimiento de los mismos e incorporen esta forma de coordinación en el cumplimiento de las condenas por parte de las comunidades.

7. Rango constitucional y aplicación en el tiempo del Convenio 169 de la OIT fuente normativa del hábeas corpus indígena

Los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y son parte del derecho interno. Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución (Martín

(9) Cfr. Principio de concordancia práctica (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. b); Principio de corrección funcional (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, FJ 12. C); Principio de fuerza normativa de la Constitución (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. E); Principio de función integradora (STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12.d); Principio de unidad de la Constitución (STC exp. N° 04747-2007-HC/TC, f.j. 5 y STC exp. N° 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. A).

Borowski, 2003: 104), de conformidad con los principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica⁹ en consonancia con la jurisprudencia vinculante del TC.

El TC ha precisado en relación con el rango del Convenio 169 de la OIT, que *“habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”*. (STC N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 31)¹⁰.

En relación con la fecha de exigibilidad del Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional ha precisado en el fundamento 23 de la sentencia 00025-2009-PI lo siguiente:

“La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigor en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”.

Esto significa que el Convenio 169 de la OIT es vigente y vinculante desde el 2 de febrero del año 1995.

8. Lo que se intenta proteger con el derecho de los indígenas a la pena alternativa a la prisión

El fundamento del hábeas corpus indígena no es otro que la obligación del Estado de tomar en cuenta las diferencias culturales de los pueblos indígenas. Es decir la diferencia entre estas en relación con la sociedad nacional asentada principalmente en zonas urbanas, obligación que se encuentra contenida los artículos 9.2 y 10.1 del Convenio 169 de la OIT.

“Artículo 8

- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
- 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos*

(10) Luego reiterara esto en la STC Exp. N° 00022-2009-PI/TC, f. j. 9.

internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio....” (Resaltado nuestro)

“Artículo 9

[...]

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

Artículo 10

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

En efecto, el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT no puede ser leído de espaldas a los artículos 8.1, 8.2, 9.2 y 10.1 que desarrollan en nuestra opinión el fundamento del artículo 10.2, del mismo Convenio 169 de la OIT. De los artículos mencionados del Convenio 169 de la OIT, es posible concluir al menos las siguientes normas convencionales adscritas, que pueden ser identificadas y formuladas en los siguientes términos deónticos:

N8.1

Está ordenado a todos los funcionarios públicos tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, cuando tomen una decisión que los involucra o afecta a estos.

N8.2

Esta ordenado a todos los funcionarios públicos respetar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y mantener sus costumbres, siempre que estas no violen los derechos fundamentales.

N9.1:

Está ordenado a todos los jueces del Poder Judicial cuando participen en procesos penales contra indígenas, tomar en cuenta la diferencia cultural.

N10.1:

Está ordenado a todos los jueces del Poder Judicial cuando impongan sanciones penales a miembros de pueblos indígenas, tomar en cuenta las características económicas, sociales y culturales de estos.

Si se advierte bien, los artículos 8.1, 8.2 y 9.2 son más amplios mientras el artículo 10.2 es más concreto y preciso. Los primeros hasta son genéricos, y dice en general primero que los funcionarios públicos en general, y luego que los jueces cuando adopten una decisión en el marco de un proceso penal, deben tener en cuenta la diferencia cul-

tural y de un conjunto de instituciones, la cual no necesariamente puede estar referida a la imposición de la condena. En cambio, el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, si está referido al momento de imponer la sanción penal a los indígenas procesados.

En ese mismo sentido, el artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, afirma que en procedimientos para resolver conflictos y controversias, los Estados deben tener *“en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”*.

La obligación de tomar en cuenta la “diferencia” cultural ha sido desarrollada por una importante sentencia de la Corte Suprema de Canadá, la cual ha abordado precisamente este tema en una serie de decisiones que empezaron con el caso Gladue¹¹. Como señala el amicus de importantes ONG en el caso del Baguazo¹², al igual que Perú y los demás Estados de América, *“el Código Penal de Canadá prevé que al sentenciar a un indígena, los jueces tienen el deber de considerar las circunstancias particulares y especiales del infractor en relación con su estatus como indígena y las repercusiones socioeconómicas y culturales. En una serie de decisiones, que empezó con el Caso Gladue, la Corte Suprema de Canadá ha desarrollado el significado de “debe considerar”. Para la Corte, esta categoría se refiere a que el juez debe analizar: (1) los antecedentes sistemáticos o de fondo que podrían haber jugado un papel determinante para que el indígena se encuentre ante los tribunales; (2) los tipos de procedimientos y sanciones más apropiadas para las circunstancias del ofensor; (3) los factores y antecedentes sistémicos y culturales que pueden influir en la conducta del individuo indígena, así como la prioridad que tiene, para los indígenas, la aproximación restaurativa de sus sentencia; (4) la ausencia de programas de sentencias alternativas para comunidades indígenas no elimina per se la obligación del juez de imponer una sanción que se adecue con los principios de la justicia restaurativa y (5) en caso de que no exista una pena alternativa a la pena privativa de libertad, el término de la sentencia debe ser cuidadosamente considerada. La pena privativa de libertad que se impone por el mismo delito a un ofensor indígena debe ser menor que el término normal impuesto para una persona no-indígena.”* (Resaltado nuestro)

Pero la Corte Suprema de Canadá fue más allá y *“elaboró más el deber de los jueces en cuanto a la obligación estatutaria de “tomar en cuenta” las “circunstancias” de un imputado indígena. Según la Corte, los jueces deben considerar los antecedentes y circunstancias de los infractores indígenas, ya que estos influyen en el nivel de culpabilidad del imputado, en el sentido que aclaran su nivel de “reprochabilidad moral”. No considerar estas circunstancias viola un principio fundamental de la pena: que debe ser proporcional a la gravedad de la ofensa y el nivel de responsabilidad del infractor”*¹³.

(11) R. v. Gladue, 1999 CanLII 679 (SCC), [1999] 1 S.C.R. 688. Disponible <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii679/1999canlii679.html>.

(12) Amicus presentado por DeJusticia, DPLF, y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú el 18 de setiembre del 2014, en el proceso judicial conocido como el Baguazo, pág. 13. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.658.pdf

Añadió el Amicus que *“Corte afirmó que los principios Gladue piden que los jueces abandonen la presunción que todos los infractores y todas las comunidades comparten los mismos valores en cuanto a la pena, y que reconozcan que, dada estas cosmovisiones fundamentalmente distintas, penas alternativas o distintas pueden lograr más efectivamente los objetivos de la pena en una comunidad en particular. La Corte consideró que, al determinar la pena de un infractor indígena, el órgano juzgador debe considerar la historia del colonialismo y el desplazamiento y cómo esta historia todavía se traduce en niveles de educación más baja, menos ingresos, altas tasas de desempleo y niveles de encarcelación”*¹⁴.

Esta jurisprudencia resulta sumamente ilustrativa por varios aspectos. Sin embargo, destaca la necesidad de un tratamiento diferenciado a los indígenas. Resulta discriminatorio darles el mismo trato a los indígenas, sabiendo que si bien estos pueden ser iguales en dignidad y derechos, tienen una experiencia cultural y un conjunto de instituciones totalmente diferentes, de tal manera, que penas como la prisión pueden generar un impacto que puede terminar destruyéndolos materialmente, por la estrecha relación que tiene con sus territorios¹⁵.

(13) R. v. Ipeelee, [2012] 1 SCR 433, 2012 SCC 13 (CanLII), <<http://canlii.calt/fq007>> retrieved on 2014-07-11. Citado por Amicus DeJusticia y otros, pág. 13.

(14) *Ibidem*.

(15) La obligación de preferir penas distintas al encarcelamiento solo se entiende, si se comprende la estrecha relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales y con sus hábitats, con el cual tiene una relación espiritual y sagrada. Esa dependencia de los pueblos indígenas individual y colectivamente es lo que se intenta cautelar con el hábeas corpus indígena. Se trata de una relación que ha sido debidamente reconocida por el Convenio 169 de la OIT, y no puede ser desconocida por el Estado. En efecto, el artículo 13 del Convenio de la OIT es muy claro. Obliga al Estado a reconocer y respetar esta relación espiritual y religiosa entre los pueblos indígenas y sus territorios, cuando precisa que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. A juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”. (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni, supra nota 171, párr. 149). La Corte IDH es muy clara cuando establece que la tierra es condición de continuidad de la identidad cultural de los pueblos indígenas. Precisa la Corte IDH que “La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recoge agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos”. (Corte IDH, Saramaka vs Suriname, 2007, párr. 82). En definitiva, es la relación con la tierra la que asegura la sobrevivencia de los pueblos indígenas. En tal sentido, la Corte IDH entiende la supervivencia de los PPII como “capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con su territorio”. La Corte enfatizó que “la frase “supervivencia como una comunidad tribal” debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]”. Por tanto, el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física. (Corte IDH, Caso Saramaka, sentencia de interpretación, párr. 37). (Resaltado nuestro).

Muy vinculado con este aspecto, se denuncia el impacto traumático de la pena de carcería en los indígenas. El encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas. Esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión. Según información de Amnesty International, en Australia, entre 1980 y 1997, por lo menos 220 aborígenes murieron durante su detención. Siendo sólo el 1,4 por ciento de la población adulta, los aborígenes cuentan por más del 25 por ciento del total de muertes ocurridas en prisión, generalmente debidas a malas condiciones de detención, problemas de salud, suicidios y otras causas¹⁶.

En esa misma línea, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido la necesidad de incorporar el enfoque intercultural, cuando se trata de imponer sanciones de carcería contra pueblos indígenas, en la sentencia T-642 del año 2014¹⁷. Según esta alta corte, el derecho a la identidad cultural otorga la prerrogativa de ser recluso con un enfoque intercultural¹⁸. A partir de esto, concluye la Corte que *“que el principio de enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria forma parte del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, ya que conduce efectivamente a proteger las costumbres, tradiciones y diferentes cosmovisiones de reclusión que cada comunidad indígena detenta”*¹⁹.

La Corte va más allá y reconoce que la carcería en pueblos indígenas genera que estos pierdan conciencia cuando precisa que *“la privación de la libertad de un miembro perteneciente a una comunidad indígena en un lugar de reclusión ordinario o co-*

(16) Amnesty International: Australia. Deaths in custody: how many more?. Índice de AI: ASA 12/04/97, Distr.: SC/C/GR. Londres 1997, págs. 1 a 7. Citado por OIT Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual, Proyecto para promover la política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Copyright © Organización Internacional del Trabajo, 2003. Primera edición 2003, disponible en http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf

(17) Ver <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>.

(18) En la Sentencia de la Corte Con T-772 de 2005 se precisa que el derecho a la identidad cultural entonces, según jurisprudencia constitucional, otorga a las comunidades indígenas prerrogativas una de ellas es el de ser recluso con un enfoque intercultural. Según este corte, el derecho a la identidad cultural otorga las siguientes prerrogativas: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole y; (xv) ser recluso con un enfoque diferencial.

(19) T-642 del año 2014.

mún –que por regla general se encuentra en condiciones de hacinamiento-, lleva consigo una pérdida de conciencia sobre los valores culturales y rasgos propios de la colectividad que los caracterizan frente a los demás asociados”²¹.

Pero además reconoce los graves y nefastos impactos del encarcelamiento en los pueblos indígenas, cuando reconoce que *“Además, puede traer una consecuencia nefasta e involutiva para los pueblos indígenas, toda vez que al no admitirse diferenciación carcelaria en los establecimientos de reclusión, eventualmente la cultura occidental mayoritaria absorbería a la cultura indígena minoritaria; aquella a través de un proceso de asimilación forzoso terminaría imponiendo un mismo sistema social, económico, cultural y jurídico al momento de ejecutar la pena, lo cual lamentablemente propiciaría que los miembros de comunidades indígenas se incorporen a un esquema de reclusión penal fundado en funciones -de protección, prevención especial, curación, tutela, rehabilitación y reinserción social-, que necesariamente no compaginan con las costumbres tradicionales y culturales de castigo que emplean los distintos pueblos indígenas”*.

La solución pasa por armonizar el cumplimiento de la pena con la diversidad cultural. Por eso, esta alta corte plantea que el cumplimiento de la pena no afecte el derecho a la identidad cultural en los siguiente términos: *“Es importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”*²².

La Corte Constitucional concluye que *“el principio de diversidad étnica y cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse en materia penitenciaria y carcelaria”*. Añade que este criterio *“deberá ser tenida en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento, extendiéndose a la condena”*²³. En definitiva, en ningún momento está autorizado *“que se desconozca la identidad cultural de minorías étnicas, quienes independientemente del lugar de reclusión, por su libre autodeterminación deben poder aplicar sus propias costumbres sancionatorias y de juzgamiento para conservar su integridad étnica y cultural, pues de lo contrario, serían obligados a ser resocializados según otra manera de interpretar el mundo, la cual operaría como un proceso inconstitucional de desculturización masivo”*²³.

(20) T-642 del año 2014.

(21) T-097 de 2012

(22) T-642 del año 2014.

(23) T-642 del año 2014.

9. Reconocimiento constitucional de la diferencia cultural en el Perú

El reconocimiento constitucional de la existencia legal de las comunidades campesinas, nativas, rondas campesinas y pueblos originarios podemos encontrarla en los artículos 89, 149 y 191 de la Constitución. Sin embargo, será el artículo 2.19 de la Constitución, el que reconozca con fuerza, el derecho a la identidad étnica y cultural, que no es otro que el derecho a ser diferente, a vivir según sus propias costumbres y cultura, diferente a la cultura dominante mayoritaria.

Muy vinculado con esto encontramos la obligación del Estado de reconocer y proteger el pluralismo cultural del país en general en el mismo artículo 2.19 de la Constitución. Esto supone reconocer que hay varias culturas y naciones en el Perú, la obligación de proteger ese pluralismo, y hacer todos los esfuerzos para evitar que algún pueblo indígena se extinga. También encontramos en el artículo 89 de la Constitución, el reconocimiento constitucional de la obligación del Estado de respetar la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Asimismo, encontramos en los 149 y 139.8 de la Constitución, un reconocimiento constitucional de la costumbre, es decir del derecho consuetudinario como fuente de derecho para los pueblos indígenas. En esa misma línea podemos distinguir en el artículo 17 de la Constitución Política y artículo 4 de Ley 29798, el principio de interculturalidad, que exige que la relación del Estado con los pueblos indígenas no debe ser la imposición violenta del primero sobre el segundo, sino el diálogo respetuoso y el aprendizaje mutuo entre las diferentes culturas. Muy vinculado a esto encontramos en el artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la prohibición de la imposición y la asimilación de una cultura sobre otra, y la prohibición de la destrucción de una cultura.

Artículo 8

1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.

En palabras del Tribunal Constitucional, *“toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada”*. (STC 00022-2009-PI, f.j. 4), *“se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante”*. (STC 00022-2009-PI, f.j. 14).

10. Los pueblos indígenas como beneficiarios del hábeas corpus indígena

Finalmente tenemos una pregunta de fondo. ¿Quiénes pueden invocar este hábeas corpus indígena? Esa la pregunta central al momento de interponerse el hábeas corpus. Este habeas corpus solo beneficia a los indígenas, miembros de pueblos indígenas, razón por la cual es preciso definir y precisar ¿quiénes son pueblos indígenas?

10.1. Los criterios establecidos por el Convenio 169 de la OIT para la existencia de un pueblo indígena

Tal como lo ha señalado el Convenio 169 de la OIT, para que un colectivo sea considerado como pueblo indígena deben verificarse los dos elementos objetivos y un elemento subjetivo, los cuales sirven para determinar cuando un grupo tiene la condición de pueblo indígena. De acuerdo con dicho instrumento en el artículo 1.1.b, se entiende:

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

[...]

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

Como se puede apreciar, para que un grupo sea considerado “indígena” se exige en primer lugar dos criterios objetivos: que los mismos “desciendan” de las poblaciones originarias de los Estados, es decir, que habitaban dichos territorios antes de la conquista o de la colonización, y que conserven “todas” o “parte” de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Y además, se exige que estos se autoperciban como un pueblo con características diferentes de las demás.

10.2. La prevalencia del criterio de auto identificación de los pueblos indígenas

No bastan los requisitos objetivos, además se exige un requisito subjetivo. En efecto, además de estos criterios eminentemente objetivos se añade un elemento que en palabras del propio Convenio 169, debe ser considerado fundamental: *la autoconciencia del grupo de poseer una identidad indígena o tribal*²⁴. En buena cuenta, para que exista un pueblo indígena, deberá reunirse los dos elementos objetivos (descender de pueblos originarios y conservar total o parcialmente sus instituciones) y el elemento subjetivo (la auto-identificación). No se exige más requisitos en el Convenio, como por ejemplo mantener la lengua o permanecer en el territorio.

En relación con el elemento subjetivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de *XakmokKásek vs Paraguay*, ha señalado que “no corresponde a este tribunal ni al estado determinar la pertenencia étnica ... de la comunidad” ya que este proceso “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”, razón por la

(24) Artículo 1º del Convenio 169 OIT (el subrayado es nuestro).

*cual la Corte y el estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en ese sentido presente la comunidad, es decir, la forma como esta se auto-identifique*²⁵ Vale decir, según esta jurisprudencia, el criterio autoconciencia en realidad habría que entenderlo como “auto-identificación” y, por tanto, corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado pueda rechazarlo o convertirla. (COMISEDH, 2012: 7)

En ese mismo sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha concluido que para el sistema regional de protección de derechos humanos, el “*criterio de auto identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos*”. (CIDH, 2014: párr. 31)

Sobre la base de lo señalado es posible sostener que la calificación como pueblo indígena o tribal es algo que atañe fundamentalmente a cada pueblo o comunidad, sin que los Estados puedan inferir en el proceso o contestar sus resultados. En apoyo de esta interpretación puede citarse lo señalado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos los Pueblos Indígenas que, en todo su articulado 33º numeral 1), prescinde de los elementos objetivos, y tan solo se limita a señalar que “*los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones*”.

En tal sentido, “*los Estados no podrán contestar o rechazar la presencia del elemento subjetivo (ya que como señala la Corte IDH, ello corresponde únicamente al pueblo en cuestión) pero si están facultados para constatar el cumplimiento, al menos de los elementos objetivos previstos en el Convenio 169 de la OIT*”²⁶. Dicho, en otros términos, mientras el elemento subjetivo no está sujeto a evaluación por parte del Estado, los elementos objetivos sí.

Como señala la Corte Constitucional de Colombia comentando el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, que establece que la conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio, “*Esta disposición, interpretada a la luz del derecho a la autonomía, fundamenta la prevalencia del criterio de la auto identificación*”. (T-294 de 2014)

En consecuencia, si un colectivo se auto identifica como pueblo indígena existirá una presunción que estamos ante un pueblo indígena. Si el Estado quiere controvertir y quiere cuestionar que este colectivo es un pueblo indígena, y que en consecuencia no se le aplica el Convenio 169 de la OIT, deberá demostrar que no reúne los dos requisitos objetivos, esto es que descenden de pueblos originarios y que conserven total o parcialmente sus costumbres y nada más.

(25) Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena XákmokKásek vs Paraguay. Sentencia del 24 de agosto del 2010.

(26) *Ibidem*, pág. 8.

El Estado peruano ha reconocido que las comunidades campesinas son pueblos indígenas. Eso fue lo que informó el Estado a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT²⁷. Esta comisión se refirió a lo manifestado por el Estado y además reiteró que las comunidades campesinas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT y, en consecuencia, reafirmó que están protegidas integralmente por este Convenio. Pero, además, diferentes normas nacionales reconocen que las comunidades campesinas son pueblos indígenas²⁸.

10.3. Reconocimiento de los pueblos indígenas por el Estado peruano

El Estado peruano ha reconocido de forma oficial que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. Así lo informó el Estado peruano a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Esta comisión hizo referencia a lo manifestado por el Estado Peruano y, además, señaló que este era un pronunciamiento habido sido reiterado en años anteriores.

“La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley número 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos. La Comisión toma nota que según el Gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación”²⁸.

En todo caso, la propia CEACR reiteró que las comunidades campesinas y nativas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia que se les aplica el referido Convenio.

“La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protec-

(27) CEACR, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, párr. tercero y cuarto. Ver el amicus curiae presentado por la Fundación del Debido Proceso Legal y elaborado por Carla García Zendejas y Maria Clara Galvis Patiño sobre el caso.

(28) Tenemos la Constitución Política del Perú (art. 89), el Reglamento del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (D.S. N° 065-2005-PCM, art. 2), la Ley de Comunidades Nativas y Amazónicas (D.L. 22175, art. 7) y la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656). De la misma forma, la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que aprueba la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH para promover y asegurar el respeto de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y nativas; la Ley General del Ambiente (Ley 28611, art 72) y el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Decreto Supremo No 038-2001-AG, art. 43.1).

(29) CEACR, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, párr. tercero.

*ción integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación*³⁰.

La CEACR precisa que:

*“reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio”*³¹.

10.4. Reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico peruano

Si bien no de manera expresa, el ordenamiento jurídico reconoce en forma tácita que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. En efecto, el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656) señala que *“Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.”*

Asimismo, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva (Decreto Ley N° 22175), *“Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”*.

Estas normas deberán ser interpretadas de conformidad con el artículo 89 de la Constitución que señala que *“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”*.

Por último, citaremos el artículo 2 del Decreto Supremo N° 065-2005-PCM que precisa que los pueblos andinos *“Son pueblos originarios con identidad y organización*

(30) *Ibidem*, párr. tercero.

(31) *Ibidem*, párr. cuarto.

propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa". Asimismo, los pueblos amazónicos "Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial". Finalmente, la referida disposición señala que "a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas".

En esa misma línea tenemos el artículo 2 letra a de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley No 28736). Según esta norma, se consideran pueblos indígenas a *"Aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial".*

10.5. El reconocimiento de los pueblos indígenas por el Ministerio de Cultura

Si uno revisa la página web del Ministerio de Cultura que identifica a los pueblos indígenas (<http://bdpi.cultura.gob.pe/lista-de-pueblos-indigenas>), podrá encontrar quienes son considerados e identificados por el Ministerio de Cultura como pueblos indígenas. Así, por ejemplo, en relación con el pueblo indígena quechua k'ana, este portal dice *"los pueblos quechuas no tienen otras denominaciones, más sí un conjunto de identidades, entre las que se encuentran: cañaris, chankas, chopccas, huancas, huaylas, kana, q'eros". (Subrayado nuestro)*. Y cuando uno revisa la página de los quechuas en el portal del Ministerio de Cultura (<http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/quechuas>), también encuentra la misma información, que los k'anas son una de las identidades de los pueblos indígenas quechua.

11. A manera de conclusión

Al comenzar este artículo nos hicimos estas preguntas: ¿Pueden los jueces peruanos procesar penalmente a miembros de comunidades campesinas y nativas y pueblos indígenas en general, imponiendo penas privativas de la libertad, sin tener en cuenta la diferencia cultural y sus derechos lingüísticos? ¿Es compatible con el derecho a la igualdad y a la no discriminación tratar a aquellos igual que a los pobladores castellano hablantes de las grandes ciudades, a pesar de la diferencia cultural e idiomática? ¿Qué dice el Convenio 169 de la OIT?

Como podemos advertir y lo sostuvimos desde el inicio, existe suficiente cobertura normativa convencional, constitucional y legal, para sostener que el proceso constitucional de hábeas corpus tal como está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, puede constituir una herramienta idónea para proteger y defender a los indígenas cuando son procesados y condenados por la justicia penal ordinaria, sin tomar en cuenta la diferencia, todo ello de conformidad con el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT.

Felizmente, no se trata de un tema ajeno al Poder Judicial. La cuestión sobre la clase de pena por la que deberá optar el juez cuando determina la responsabilidad penal del ciudadano indígena, ha sido objeto de análisis durante el I Pleno Regional de Justicia Intercultural, celebrado recientemente en Pucallpa. Fernando Bazán Cerdán, en forma ilustrativa realizó algunos apuntes sobre la sanción penal y medidas cautelares a ciudadanos indígenas, donde sugirió, en los casos de condena, la aplicación preferente de las penas de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. Compartimos esta postura. Consideramos que los jueces penales, según el principio de preferencia de sanciones distintas al encarcelamiento en ciudadanos indígenas, deben optar por sustituir la pena privativa de la libertad, por penas limitativas de derechos, culturalmente más adecuadas. En tal sentido, el encarcelamiento solo debiera utilizarse excepcionalmente, cuando la gravedad o la calidad de los bienes jurídicos afectados lo justifique.

Referencias

ALEXY, ROBERT (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 5.

ALEXY, ROBERT (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

BERNAL PULIDO, CARLOS (2003). *Estructura y límites de la ponderación*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Número 26.

BOROWSKI, MARTIN (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS (2015). *La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del TC, en: ¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia No 04617-2012-PA7TC en el caso Panamericana Televisión*. Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional, Palestra, julio.

COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES CEA-CR (2009), *observación individual sobre el convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm#_ftn8

COMMISSION ON GREENLAND'S JUDICIAL SYSTEM, REPORT No. 1442/2004; JOHN HENRIKSEN: *Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169, ILO, 2008*. Citado Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (COMISEDH) (2012). *La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Documento de Trabajo, Lima.

LANDA ARROYO, CÉSAR (2014). *Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre*. Marco legal-Administrativo & Análisis de los vacíos y contingencias legales, Sociedad Peruana de Eco desarrollo, Abril. Disponible: <http://www.biofuelobservatory.org/Documentos/Informes-de-la-SPDE/Naturaleza-Juridica-de-los-recursos-forestales-y-de-fauna-silvestre.pdf>.

OIT (2008), La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos.

RUIZ MOLLEDA, JUAN CARLOS Y QUISPE MAMANI, MARITZA (2016). Jueces peruanos violan sistemáticamente derechos procesales de pueblos indígenas. Disponible en <http://enfoquederecho.com/procesal/jueces-peruanos-violan-sistematicamente-derechos-procesales-de-pueblos-indigenas/>.

RUIZ MOLLEDA, JUAN CARLOS Y MÁSCUEZ SALVADOR, ÁLVARO (2017). *El principio de preferencia de sanciones distintas al encarcelamiento en ciudadanos indígenas*. Disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/16/el-principio-de-preferencia-de-sanciones-distintas-al-encarcelamiento-en-ciudadanos-indigenas-a-proposito-del-caso-oquebamba/?fbclid=IwAR21wMgZqND6HMmDHRvEQye57hTUgvtnCAtD-sr0CuFPFOADaCvnUedRYVI>. También difundido en Servindi: https://www.servindi.org/actualidad-noticias/21/08/2017/el-principio-de-preferencia-de-sanciones-distintas-al-encarcelamiento?fbclid=IwAR0KnuatAP9GYUpuMpmEf_ORJop6j7vcA1N0kjTb-NaLXQ9jmmFKIPUuKgNI.

Amicus Curiae

Dejusticia, DPLF, & Centro de Derechos Humanos PUCP. (2014, septiembre 18). *Amicus curiae en el proceso judicial conocido como el Baguazo* (p. 13). http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.658.pdf

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales. (2015). *Amicus curiae en el caso de medidas cautelares solicitadas por Gregorio Santos ante la CIDH*, a cargo de Alberto Binder. <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Amicus-Curiae-Alberto-Binder-Caso-Gregorio-Santos.pdf>

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Corte IDH. (2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de fondo del 31 de agosto de 2001.

Corte IDH. (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Sentencia de fondo del 28 de noviembre de 2007.

Corte IDH. (2008). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Interpretación de sentencia del 12 de agosto de 2008.

Corte IDH. (2010). *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia del 24 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *STC N.º 02663-2003-HC/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *STC N.º 5854-2005-PA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). *STC N.º 04747-2007-HC/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). *STC N.º 00022-2009-PI/TC*.

Poder Judicial del Perú

Poder Judicial del Perú. (2016). *I Pleno Jurisdiccional Regional sobre Justicia Intercultural*. Ucayali, 2 y 3 de septiembre.

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia T-097 de 2012*.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-642 de 2014*.

Corte Suprema de Canadá

Supreme Court of Canada. (1999). *R. v. Gladue*, 1 S.C.R. 688.

<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii679/1999canlii679.html>

Legislación

Perú

Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

Congreso de la República del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*.

Decreto Legislativo N.º 22175. *Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva*.

Ley N.º 24656. *Ley General de Comunidades Campesinas*.

Ley N.º 28611. *Ley General del Ambiente*.

Decreto Supremo N.º 065-2005-PCM. *Reglamento del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos*.

Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH. *Directiva N.º 012-2000-PROMUDEH sobre identidad étnica y cultural de pueblos indígenas y comunidades.*

Decreto Supremo N.º 038-2001-AG. *Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.*

México

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (s.f.). *Ley para prevenir y eliminar la discriminación del Distrito Federal.* <http://www.aldf.gob.mx/archivo-cae358cccc07e426436f4d-d2adcbae94.pdf>

Canadá

Government of Canada. (1985). *Criminal Code, RSC 1985, c C-46, s 718.2(e).* http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=221110

Video

Dejusticia. (s.f.). *[Video sobre el caso del Baguazo]* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=R7sW1vzPH_w

