



PROYECTO DE LEY

Proyecto de Ley N° 4044/2018-CR

El congresista **WÍLBERT GABRIEL ROZAS BELTRÁN**, integrante del Grupo Parlamentario Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad, y los congresistas firmantes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución Política y conforme lo establece el numeral 2) del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 28736, LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL

Artículo 1°.- Modificación del literal c) del Artículo 5 de la Ley N° 28736

Modificase el literal c) del artículo 5 de la Ley N° 28736 y agréguese dos párrafos al texto del mencionado artículo, los mismos que quedan redactados conforme al siguiente texto:

"(...)

c) **No se otorgarán derechos de aprovechamiento de recursos naturales, excepto el que con fines de subsistencia realicen los pueblos del interior de la reserva, entiéndase aquellas actividades tradicionales desarrolladas sin injerencia externa.**

(...)

En ese sentido, la intangibilidad debe entenderse como la prohibición estricta del ingreso de agentes externos, foráneos o terceros. Para el caso específico de los pueblos indígenas en contacto inicial la intangibilidad no limitará las prestaciones de atención de salud de los mismos, siempre y cuando se realice de acuerdo a protocolos debidos y pertinencia cultural. Dicho carácter intangible deberá ser garantizado por el Estado, previa coordinación con las organizaciones indígenas y comunidades nativas o campesinas que se encuentren colindantes a estas reservas.

Todo agente externo, entiéndase empresas, órdenes de carácter religioso, misioneros, grupos o partidos políticos, entre otros, no podrá ingresar a la reserva bajo ninguna justificación. Con respecto a los entes estatales, estos podrán ingresar a la reserva, según lo prescrito en el artículo 6 de la Ley N° 28736, bajo un protocolo de relacionamiento debido y culturalmente pertinente, con la participación de las organizaciones representativas indígenas".

Artículo 2°.- Incorporación del Artículo 10 de la Ley N° 28736

Agréguese el siguiente artículo a la Ley N° 28736:

Artículo 10°.- De la Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público formalizará denuncia penal por delito de genocidio, de conformidad con el artículo 319 inciso 3 del Código Penal, cuando se ocasione la eliminación física total o parcial de un pueblo indígena en aislamiento voluntario o contacto inicial.

Artículo 3°.- Modificación de la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28736

Modifícase la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28736, el mismo que queda redactado conforme al siguiente texto:

"SEGUNDA.- Situación de las Reservas Indígenas Existentes

Declarase reservas indígenas las siguientes:

1. La Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG, del 25 de julio del año 2003; y,
2. La Reserva Territorial Madre de Dios, creada por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG del 22 de abril del año 2002.

Los pueblos indígenas en aislamiento y/o contacto inicial de estas reservas indígenas adquieren los derechos en la Ley N° 28736. En el caso de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG, todos los extremos de esta norma quedan vigentes en cuanto favorecen a dichos pueblos indígenas, ello en favor del principio de no regresividad del estándar de mayor protección.

En los Decretos Supremos de cada una de las reservas indígenas se establecerán los procedimientos para la elaboración de sus respectivos Planes de Protección y los demás que establezca esta ley y su reglamento".

Artículo 4°.- Disposición Final

Incorpórense la siguiente disposición final de la Ley N° 28736:

CUARTA.- Adecuación de Derechos Adquiridos de Terceros o agentes externos

Los derechos de terceros o agentes externos que hayan sido otorgados antes de la Ley N° 28736 deberán ser limitados conforme a los fines y disposiciones del Régimen Especial Transectorial de protección y derechos establecidos en dicha Ley, en su Reglamento y en demás instrumentos de protección favorables a los derechos de los PIACI, incluyendo los estándares internacionales de Derechos Humanos. No se podrán ampliar u otorgar más derechos de los ya existentes referidos a la realización de actividades económicas, extractivas y de infraestructura, entiéndase contratos, concesiones, estudios, autorizaciones u otros.

Artículo 5°.- Vigencia

La presente modificación de la ley entrara vigencia al día siguiente de la fecha de su publicación.

WILBERT ROZAS BELTRAN
Congresista de la República

Regadio TUCOC.

HUMBERTO MORALES RAMÍREZ
DIRECTIVO PORTAVOZ GRUPO
PARLAMENTARIO FRENTE
AMPLIO POR JUSTICIA
VIDA Y LIBERTAD

H. MORALES

JUSTINIANO RÓMULO APAZA ORDÓNEZ
Congresista de la Republica

MARCO AARON ZEGARRA

EDILBERTO CARRO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 21 de Marzo del 2019.

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 4044 para su estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de PLEBLOS ANDINOS, AMAZONICOS Y AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLÓGIA; JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

GIANMARCO PAZ MENDOZA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

WILBERT ROJAS BELTRAN
Congresista de la República

NUMBERTO MORALES RAMIREZ
DIRECTIVO PORTAVOZ GRUPO
PARLAMENTARIO FRENTE
AMPLIO POR JUSTICIA
VIVA Y LIBERADO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El despacho del congresista Wilbert Rozas Beltrán hace suya la propuesta de modificación normativa de la Ley N° 28736 para garantizar la intangibilidad del territorio de los pueblos en aislamiento y contacto inicial de la Amazonía peruana, documento trabajado como iniciativa legislativa por la institución: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR, para ser considerada en la agenda legislativa del Congreso de la República.

Fundamentos de la Propuesta

Los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI) son pueblos que se caracterizan por ser nómades o semi nómades, que, por decisión propia o presiones externas, mantienen un contacto intermitente o simplemente nulo con la sociedad. Debido a ello, se encuentran en una situación altamente vulnerable al carecer de defensas inmunológicas para hacer frente a las enfermedades comunes, es decir, su sistema inmunológico es altamente vulnerable. En ese sentido, la Declaración de Belém sobre los Pueblos Indígenas Aislados (Belém, Brasil 2005), en su consideración 7, señala que dicha vulnerabilidad implica la dificultad de desarrollar defensas inmunológicas a corto plazo para combatir enfermedades foráneas. Debido a ello es que cualquier tipo de contacto podría significar una afectación directa a su vida y pone en riesgo la existencia misma del pueblo en sí.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe "Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos" (en adelante Informe CIDH), considera, además, que el contacto con terceros no autorizados en territorio de los PIACI afecta de modo irreversible su cultura y forma de vida. Así, señala lo siguiente:

"El contacto con extraños y personas no indígenas supone ante todo una afrenta a su cosmovisión, a su manera de entender e interpretar el mundo que los rodea. Cuando se da el contacto, se derrumba de modo irreversible todo un sistema de creencias, tradiciones y supuestos que daban por sentados, y en los que han basado su modo de vida y su cultura por varios cientos de

años. Si el contacto se da en un contexto violento, como es frecuente, su mundo entero deja de tener sentido. Como se explica más adelante, esto ocasiona que dichas creencias y tradiciones se pierdan al ya no ser transmitidos a las generaciones más jóvenes, lo que puede implicar la desaparición de toda una cultura humana" (Informe de la CIDH, 2013: párr. 20.)

Así también, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha presentado las Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, El Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay de las Naciones Unidas (en adelante, Directrices ONU sobre PIACI) que dan cuenta del peligro de extinción de los PIACI por su extrema vulnerabilidad:

"Son pueblos altamente vulnerables, que en la mayoría de los casos se encuentran en grave peligro de extinción. Su extremada vulnerabilidad se agrava ante las amenazas y agresiones que sufren sus territorios que ponen en peligro directamente el mantenimiento de sus culturas y de sus formas de vida, debido a que generalmente, los procesos de contacto vienen acompañados de impactos drásticos en sus territorios que alteran irremediablemente sus relaciones con su medio ambiente y modifican, a menudo radicalmente, las formas de vida y las prácticas culturales de estos pueblos. La vulnerabilidad se agrava, aún más, ante las violaciones de derechos humanos que sufren habitualmente por actores que buscan explotar los recursos naturales presentes en sus territorios y ante la impunidad que generalmente rodea a las agresiones que sufren estos pueblos y sus ecosistemas" (Directrices ONU sobre PIACI, 2012: párr. 14.c.).

En ese sentido, las actividades económicas, como las actividades extractivas o de aprovechamiento de recursos naturales, actividades ilegales como tala y apertura de caminos como proyectos de carreteras y otros, significan un riesgo para estos pueblos, pues la superposición de los mismos sobre el territorio de los PIACI facilitaría el acceso de foráneos o terceros no autorizados, quienes generan presiones y el riesgo de la opción de contacto. En ese sentido, la CIDH ha señalado:

"[...] Las distintas amenazas que atentan contra los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial tienen como causa común el contacto, ya sea directo o indirecto, con personas ajenas a sus pueblos. **Las agresiones físicas directas, las incursiones a sus territorios con el objetivo de extraer recursos naturales, las epidemias, la escasez de alimentos, y la pérdida de su cultura, todas presuponen un contacto. Si se elimina el contacto no deseado, se eliminan la mayoría de las amenazas y se garantiza el respeto a los derechos de tales pueblos.** Por lo tanto, en opinión de la Comisión, **es fundamental que todo esfuerzo por afianzar este respeto se rija fundamentalmente por el principio de no contacto**, y de que el contacto se debe dar solamente si es propiciado por los pueblos en aislamiento" (Informe de la CIDH, párr. 21) [subrayado nuestro].

En ese sentido, en el marco de este derecho internacional existen tres principios de protección para estos pueblos:

- 1) **Principio de No Contacto.** Este principio es "la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a la libre determinación [...] los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y a que los Estados les garanticen su derecho a vivir en sus territorios ancestrales para poder preservar dicha identidad [...] el derecho a la libre determinación tiene una relación directa y profunda con los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales" (Informe CIDH, 2013: párr. 22).
- 2) **Principio de Intangibilidad.** Este principio señala que los territorios de los PIACI, es decir el espacio geográfico al que han tenido acceso de manera tradicional, deben ser "**declarados intangibles** en tanto mantengan la calidad de tales" (Directrices ONU sobre PIACI, 2012: párr. 42 y 53). Al respecto las Naciones Unidas ha señalado que dichos territorios son "aquellas tierras donde viven y donde tienen asegurado el mantenimiento de sus formas de vida y que han utilizado o transitado históricamente¹". Por lo tanto, en estas tierras, debe "establecerse una prohibición de entrada así como de realizar cualquier tipo de acto. El conjunto

¹ Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, El Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay de las Naciones Unidas, párr.. 55.a.

de estas tierras y territorios podrían denominarse territorios intangibles o reservas territoriales protegidas².

En ese sentido, "[...] no se deberán establecer asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior; no deberán realizarse actividades distintas a los de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas y no deberán otorgarse derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento, se deberá intentar armonizar los derechos territoriales de los pueblos indígenas con las necesidades públicas de los estados³". En este punto es importante precisar que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, Exp. N° 579-2008-PA/TC, la armonización sería de acuerdo al test de proporcionalidad, siendo este favorable a los derechos humanos a la vida, dignidad y salud de los PIACI frente a los derechos patrimoniales del Estado.

- 3) **Principio de Precaución.** Este principio es una garantía para la supervivencia física y cultural de los PIACI⁴ que exige una actuación con carácter preventivo, asumiendo las consecuencias catastróficas que acarree dicha actuación, con el fin de garantizar la aplicación del derecho a la autodeterminación⁵.

De estos tres principios, la intangibilidad del territorio efectiviza los otros dos. Y su importancia radica también en que para los PIACI, como todo pueblo indígena, mantienen una estrecha relación con su territorio, la cual es "la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica [...] no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y

² *Ibidem*.

³ Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, El Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay de las Naciones Unidas, párr. 42.

⁴ *Ídem*, párr. 46.

⁵ *Ídem*, párr. 52.

espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁶".

Por lo tanto, "la protección eficaz del territorio, particularmente en relación con la presencia y actividades de actores externos, es un elemento imprescindible para garantizar la protección de la salud y medio ambiente de estos pueblos⁷".

De lo expuesto se desprende la importancia de proteger los derechos de los PIACI, y en específico su derecho al territorio⁸, protección plasmada en el Derecho Internacional mediante el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169 de la OIT), en su artículo 14 y otros, el cual es un tratado de derechos humanos de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano. "El respeto y la garantía del derecho a las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial significa respetar los derechos territoriales que el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido para los pueblos indígenas, lo que conlleva la protección máxima del territorio con el fin de que se evite cualquier acción que pueda alterar o modificar las características de las tierras donde habitan" (Directrices ONU sobre PIACI, 2012: párr. 53).

En el Perú, actualmente, existen aproximadamente 7,000 indígenas que viven en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial en un área aproximada de 2'871,464 hectáreas abarcadas por Reservas Indígenas y Reservas Territoriales a favor de los mismos⁹.

Que, de acuerdo al Informe Defensorial N° 101 "Pueblos Indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial", aprobado por Resolución Defensorial N° 032-2005-DP del 15 de noviembre de 2005, la Defensoría del Pueblo recomendó al Congreso de la República aprobar una iniciativa legislativa que establezca una categoría especial para la intangibilidad de las Reservas Territoriales, declaradas a

⁶ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 149.

⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A/HRC/39/17/Add.1, párr.53.

⁸ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. párr. 90.

⁹ MINISTERIO DE CULTURA (2018). Guardianes de la amazonía, pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial.

favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento, para asegurar, además de la tenencia de la tierra, la subsistencia y supervivencia de estos pueblos.

Que, en el 2006, el Ejecutivo publicó la Ley N° 28736 – Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, la cual establece un Régimen Especial Transectorial (RET) de protección de los derechos de los PIACI de la Amazonía peruana, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud, a través de un sistema intersectorial que permita contar con un conjunto de políticas públicas de diferentes sectores del Estado, debidamente articuladas y supervisadas por el Ministerio de Cultura.

Que, en la referida ley, también se protegen otros derechos importantes, como son el derecho a la autonomía, a la identidad, a la cultura, a los modos tradicionales de vida, a la posesión y ocupación de tierras y recursos naturales, entre otros, los cuales son de gran importancia por salvaguardar el espacio territorial en donde los PIACI se desarrollan sin intromisión de terceros.

Dicha ley, en su artículo 2, modifica la figura de protección territorial para los PIACI, siendo esta la creación de Reservas Indígenas y la adecuación de las Reservas Territoriales existentes a esta nueva categoría de protección. Así, en el artículo 5 de la misma norma, se establece el carácter intangible de estas reservas; no obstante, en el inciso c del mismo se permite el aprovechamiento de recursos naturales por parte de agentes externos a las reservas, facultando al Estado para, en caso de "necesidad pública", otorgar nuevos derechos de aprovechamiento de recursos naturales que pondría en grave riesgo la vida e integridad de los PIACI. Con ello, se cambia el sentido de toda la ley y se genera la posibilidad de que se realicen actividades económicas al interior de dichas reservas, transgrediendo así la característica principal de estas reservas que es la intangibilidad.

La garantía de asegurar el derecho al territorio de los PIACI, a través de la intangibilidad, se fundamenta en los principios internacionales previamente señalados. La intangibilidad se expresa en la prohibición a las actividades económicas extractivas que, como se conoce hoy, para el caso del proyecto del Gas de Camisea, podrían tener un efecto perjudicial y causar situaciones graves de vulneraciones a los derechos humanos de estos pueblos indígenas. El artículo 5, exceptuando el inciso c, establecía prohibiciones de actividades:

- a. Prohibición de Asentamientos Poblacionales;
- b. Prohibición de Cualquier Actividad distinta a los usos y costumbres de los Pueblos al interior de las reservas;
- c. Prohibición de otorgamiento de derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales (Actividades Económicas).

Este último punto era esencial para la protección de los PIACI. Sin embargo, el artículo 5.c en su conjunto señala lo siguiente:

5. c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley;

Es decir, este artículo habilita al Estado a otorgar derechos de aprovechamiento de los recursos naturales por "necesidad pública" en territorios PIACI, sin tener en cuenta la extrema vulnerabilidad, el principio de no contacto y la intangibilidad de los territorios de estos pueblos.

El carácter intangible de las reservas territoriales presupone la no admisión de asentamientos de foráneos, ni ingresos de agentes externos, ni actividades de terceros de ningún tipo en éstas áreas, pues es la única medida de protección que garantizaría la existencia e integridad de estos pueblos.

No obstante, se debe tener presente que para el caso específico de los Pueblos en Contacto Inicial (PICI), la intangibilidad debe entenderse como la prohibición de actividades económicas, sean extractivas, de infraestructura, ilegales y otros, que pongan en peligro inminente su existencia, salud e integridad de los mismos. Por ende, la intangibilidad para los PICI no implica que el Estado deje de prestar atenciones de salud, sino por el contrario debe salvaguardar este derecho con protocolos debidos y pertinencia cultural.

La fórmula legal actual del artículo 5.c referido, contraviene la normativa nacional y el estándar internacional de derechos humanos.

Normativa nacional

Constitución Política del Perú

Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.1. Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Artículo 2.19. Toda persona tiene derecho a la identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Artículo 2.22. Toda persona tiene derecho a [...] gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Artículo 7. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

Sentencia del Tribunal Constitucional bajo Expediente N°. 01126-2011- HC/TC

"22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88° y 89° de la Constitución], sin recoger el concepto de "territorio" de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13° que la utilización del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorios". La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas".

Normativa Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"

Artículo 4.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Art. 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)

Artículo 13.1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas [...].

Artículo 18. La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no

autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 1. Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 3 Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 7. 1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 26. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, El Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay

[Párrafos previamente citados]

La facultad que establece el artículo 5.c al permitir que el Estado otorgue derechos a agentes externos para el aprovechamiento de recursos naturales al interior de las reservas indígenas, desconoce el Informe Defensorial N° 101, el cual dice que "los constantes ingresos de terceros —ya sea de entidades privadas o públicas— a zonas habitadas por pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, sin precauciones previas o procedimientos adecuados orientados a evitar un contacto, ponen en riesgo la supervivencia física de estos pueblos" (Defensoría del Pueblo, pág. 61).

Tal es así que, actualmente, la Defensoría del Pueblo, en su Informe N° 004-2016-DP/AMASPPI-PPI, concluyó lo siguiente:

"El Estado debe garantizar la intangibilidad, sin excepción, de los territorios de los pueblos en aislamiento. En atención a ello, el marco jurídico vigente para la protección de los PIACI requiere una modificación y actualización a fin de prohibir el ingreso de agentes externos, el otorgamiento de derechos para el aprovechamiento de recursos y el desarrollo de actividades que no sean con fines de subsistencia de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial" (Defensoría del Pueblo, 2016: conclusión 14) [subrayado propio].

En ese sentido, emitió como recomendación al Congreso de la República "modificar la Ley N° 28736, a fin de garantizar la intangibilidad, sin excepción, de los territorios de los pueblos en aislamiento [...]"¹⁰

En cumplimiento de esta recomendación y en respuesta a las demandas de las organizaciones indígenas y sociedad civil en general, se presenta la presente propuesta normativa.

Esta problemática del artículo 5.c se manifiesta en el caso concreto de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN) y su actual proceso de categorización. Esta reserva, en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, tiene dos garantías: (1) integridad del territorio ancestral de los pueblos referido y (2) la prohibición del "otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento

¹⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLOS (2016). Informe N° 004-2016-DP/AMASPPI-PPI "La protección de los derechos del pueblo indígena Mashco Piro en situación de aislamiento y de las comunidades nativas del río Alto Madre de Dios"; página 26.

de recursos naturales¹¹". Esta última garantizaba la intangibilidad del territorio de dichos pueblos, pero peligra ante el procedimiento de categorización de la RTKNN como Reserva Indígena establecido por la Ley N° 28736. Pues al ser Reserva Indígena, se le aplicará el artículo 5.c de la citada ley.

Este cambio de estándar refleja la brecha entre el artículo 5.c y el principio de intangibilidad de los territorios PIACI, actualmente reconocidos como reservas. Dando cuenta que el artículo referido no garantiza una protección efectiva para estos pueblos.

Así, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) afirmó lo siguiente:

"En lo que respecta a RTKNN, es importante señalar que, aunque la reserva era originalmente incluido en la cooperación técnica, el Gobierno y el BID acordaron en 2015 que la TC [*Cooperación Técnica*] no financiará ninguna actividad en la reserva porque su estado legal actual (ver párrafo 9) [*Se refiere al DS. N° 028-2003-AG*] ya proporcionó la protección necesaria. Por lo tanto, el Banco optó por no financiar ninguna actividad en RTKNN y específicamente no financió estudios sobre su adaptación a una reserva indígena, que podría haber socavado el nivel de protección existente del que disfruta" (Gerencia del BID, Memorando MICI-BID-PE-T1258 & PE-T1276, 2018: párr. 15)¹²

Asimismo, en sus conclusiones, la Gerencia señala que:

"[...] en acuerdo con el Estado peruano, el BID excluyó esta reserva de la cooperación técnica como medida de precaución para evitar debilitar el nivel existente de protección otorgado a RTKNN [...] La participación del Banco en el contexto del proyecto CAMISEA fue precisamente para garantizar que el Estado peruano amplíe el nivel de protección de RTKNN de acuerdo con el Supremo Decreto N° 028 de 2003 [...]"(Gerencia del BID, Memorándum MICI-BID-PE-T1258 & PE-T1276, 2018: conclusión 1-2)¹³.

¹¹ Decreto Supremo N° 028-2003-AG, Artículo 3.

¹² BID (2018). Memorando MICI-BID-PE-T1258 & PE-T1276. En: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-918981711-98>

¹³ Ibidem, conclusión 1-2.

Entonces, el BID afirma que el mayor estándar de protección es el DS N° 028-2003-AG que establece la intangibilidad a través de la prohibición de actividades de aprovechamiento de recursos naturales en territorio de los PIACI de la RTKNN.

En ese mismo sentido, la Dirección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial del Ministerio de Cultura ha manifestado que es consciente de que la categorización de las actuales reservas territoriales, es decir su adecuación a la Ley N° 28736, implica un cambio de estándar que implica una menor protección debido al artículo 5.c.; ello en el marco de las sesiones de la Mesa Técnica de trabajo sobre la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

Todo ello, sustenta la necesidad de modificar el artículo 5.c a fin de no privilegiar intereses económicos sobre la vida e integridad de los PIACI y para garantizar de manera efectiva la protección de estos pueblos. Pues al otorgar derechos (permisos, autorizaciones, concesiones, otros) a agentes externos a las reservas indígenas, tan solo su presencia pone en peligro inminente la vida y salud de estos pueblos, dado su alta vulnerabilidad frente a posibles enfermedades transmisibles.

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA

La presente propuesta normativa recoge propuestas anteriores de modificaciones e incorporaciones al artículo 5.c de la Ley N° 28736, así como su ampliación, como el proyecto de ley N° 1032/2006-CR. Pues sustenta la necesidad de una protección adecuada y eficaz a través de la intangibilidad de sus territorios dado el especial estado de alta vulnerabilidad de los PIACI, en lo que se refiere a la vida, integridad, salud e identidad.

Ello, a fin de establecer mecanismos adecuados que hagan efectivo el Régimen Especial Transectorial de protección a favor de estos pueblos y ante la necesidad de implementar los compromisos asumidos por el Estado Peruano a partir de la suscripción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT y otros tratados internacionales de derechos humanos, así como dar cumplimiento a la recomendación de la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 004-2016-DP/AMASPPI-PPI.

EFFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta normativa adecuará el artículo 5 a los estándares internacionales de derechos humanos a través de medidas que garanticen la existencia e integridad de los PIACI. Asimismo, complementa la legislación vigente en materia de PIACI, logrando un grado de protección efectiva que complemente la Ley N° 28736, en lo que representa un sector importante de pueblos indígenas que no han mantenido contacto continuo y estable con la sociedad mayor o el Estado peruano, siendo necesario resguardar sus derechos a través de medidas eficaces de protección.

Asimismo, la propuesta referida da cumplimiento a lo recomendado por las Naciones Unidas, que señala que es muy importante que los Estados formulen "un marco normativo y jurídico que regule el principio de no contacto y la decisión de estos pueblos a mantenerse en aislamiento, y la no intromisión de personas ajenas a sus territorios [...] Es muy importante que estos marcos legales contemplen la posibilidad de realizar acciones de protección preventivas ante las posibles amenazas que pueden sufrir estos pueblos" (Directrices ONU sobre PIACI, párr. 73).

Por lo que se cumpliría con el deber del Estado de adoptar medidas de derecho interno para cumplir con las obligaciones internacionales, prescrito por el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Este artículo señala lo siguiente:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

"236. Los Estados deben adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos" los derechos reconocidos por la

Convención Americana. Esta es una obligación que el Estado debe cumplir por el hecho de haber ratificado dicho instrumento legal¹⁴.

Además, la Corte considera que el Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 referido, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para garantizar un derecho¹⁵.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El costo del cumplimiento de normas que protegen los derechos humanos es parte de las políticas del Estado. Si bien es cierto, la efectividad de la intangibilidad de las reservas indígenas podría implicar un costo económico para el Estado Peruano, el beneficio en cautela de derechos fundamentales es invaluable e inmensamente superior por lo que la presente propuesta resulta viable.

VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL: LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE ODS Y LA AGENDA LEGISLATIVA

Esta propuesta legislativa tiene vinculación con el Objetivo 2 del Acuerdo Nacional: Equidad y Justicia Social y con la Décimo Quinta Política de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Una oportunidad para América Latina y el Caribe Vida de Ecosistemas Terrestres que comprende: Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 236.

¹⁵ Ídem, párr. 239.