



**INFORME CONSTITUCIONAL SOBRE LA CATEGORIZACIÓN DE LA RESERVA
TERRITORIAL KUGAPAKORI, NAHUA NANTI, Y LA INTANGIBILIDAD DEL
TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y CONTACTO
INICIAL QUE ALLÍ SE ENCUENTRAN**

[RESUMEN EJECUTIVO]

Elaborado por:
Prof. Pedro P. Grández Castro

Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Coordinador Académico de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la
misma Universidad.

Lima, 1 de julio de 2020

1. Justificación

El presente informe jurídico es presentado en el marco de las discusiones relacionadas con el proyecto de Ley N° 4044/2018-CR, “que propone la modificación de la Ley N° 28736, Ley para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, y establece salvaguardas para garantizar su vida e integridad frente al COVID-19”, aprobado el 26 de mayo por unanimidad por los/as integrantes de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

Desde Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) resaltamos la gran importancia que tiene aprobar dicha modificación, especialmente en lo relacionado a la optimización de los estándares para la protección de los Pueblos Indígenas en situación de Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI), a partir del establecimiento de la intangibilidad absoluta de las Reservas en las que habitan, régimen que dicho sea de paso ya existe, pero solo para una reserva PIACI: la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN), creada por Decreto Supremo 028-2003-AG. Sin embargo, en el proceso de adecuación de la Reservas, subsiste la posibilidad de que este régimen especial y de mayor protección, se adecúe a la Ley N° 28736/2006 (Ley de PIACI), y su reglamento (Decreto Supremo N° 008-2007, modificado por Decreto Supremo N° 008-2016-MC). Es decir, por razones de “necesidad pública” e “interés nacional” sería posible desarrollar actividades económicas dentro de las reservas.

El principal aporte de nuestro informe consiste en desarrollar los alcances del régimen especial aplicable a la RTKNN que establece un estándar alto de protección de la intangibilidad estricta de las Reservas para PIACI, pero también respeta los derechos previamente existentes, como los del Lote 88, a cargo del Consorcio Camisea. Esto es relevante porque similar lógica es recogida en el proyecto de Ley N° 4044/2018-CR bajo comentario, que también reconoce la intangibilidad estricta de las Reservas PIACI existentes, y, a la vez, respeta los derechos previamente adquiridos por terceros.

2. Principales aspectos del Informe

El informe estudia el estándar de derecho interno e internacional aplicable a los PIACI en Perú; y, específicamente aplicables al régimen especial de la RTKNN. Señala que esta reserva cuenta con un sistema de garantías reconocido en el Decreto Supremo 028-2003-AG que es anterior a la Ley de PIACI, y que responde a las exigencias recogidas en normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que le otorga un especial estatus: i) establece una garantía de integridad o intangibilidad frente a cualquier proceso de recategorización; ii) establece una prohibición absoluta para la penetración de nuevos asentamientos humanos distintos a los de los PIACI; iii) prohíbe que se otorguen nuevos derechos para el aprovechamiento de recursos naturales que podrían ubicarse en el territorio de la Reserva; iv) establece la intangibilidad estricta como un estatus frente al proceso de adecuación establecido por la ley de PIACI.

Aun cuando se ha sostenido que el Decreto Supremo N° 028-2003-AG entra en conflicto normativo con lo establecido en el artículo 5.c de la Ley **PIACI**, el presente informe desarrolla argumentos que permiten sostener que entre ambas no existe tal antinomia. Al contrario, se sostiene la necesidad de armonizar el régimen de protección específico para los PIACI de la RTKNN con el régimen general que establece la Ley que, además, concreta las obligaciones del Estado frente al sistema interamericano.

De este modo, se sostiene que mientras la Ley otorga una protección general y abstracta, el Estado peruano ha otorgado, incluso con antelación, una protección mucho más estricta atendiendo a la especial situación de los PIACI ubicados en la RTKNN. De tal manera que el Estado ha asegurado a estos pueblos una garantía óptima que debe prevalecer y mantenerse, en la medida de que responde adecuadamente al riesgo en que se encuentran.

Riesgo que, dicho sea de paso, agravado por la excepción prevista por el artículo 5.c de la Ley de PIACI, que es incompatible con los estándares internacionales de protección de los derechos de los PIACI y, por tanto, su aplicación al caso del régimen especial de la RTKNN, resultaría inválida toda vez que: i) implica un retroceso en los derechos ya reconocidos por el Estado a los PIACI, vulnerando con ello los principios de progresividad e irreversibilidad previstos tanto a nivel del Sistema Interamericano como a nivel del propio régimen de adecuación previsto en la Ley; y, ii) invoca razones de “necesidad pública” no obstante haberse acreditado riesgos o amenazas ciertas y latentes para los derechos de los PIACI protegidos por estándares interamericanos.

Bajo este marco, surge la necesidad de que asegurar la intangibilidad de las Reservas para PIACI no solo es un deber contenido en normas de rango legal o inferiores, sino que responde a un nivel de garantías del sistema interamericano que tiene provisiones bastante claras e incluso preventivas con cautelas para asegurar la supervivencia de estos pueblos.

3. Conclusiones

Primera.- Los derechos humanos de los PIACI están desarrollados por fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y obligan a todas las autoridades del Estado peruano en su cumplimiento y garantía. Entre estos derechos, además de los derechos básicos como el derecho a la vida, la salud, su cultura y formas de organización, los Estados deben garantizar el territorio, así como la intangibilidad de las tierras de los PIACI. No se trata pues de normas de carácter administrativo o incluso de orden legal, las que establecen estas obligaciones. Estamos ante normas de rango convencional que imponen estándares a todas las instancias normativas del Estado, incluido el legislador.

Segunda.- El régimen de protección que incluye la integridad territorial entendido en términos de intangibilidad absoluta a favor de los PIACI de la RTKNN declarado mediante Decreto Supremo N° 028-2003-AG, se encuentra actualmente vigente y, en términos materiales, supone una garantía adecuada y coherente con el sistema internacional de protección de los PIACI. Su vigencia y efectividad durante el proceso de adecuación de las RTKNN y también posteriormente, se encuentra garantizada no solo por estándares internacionales, sino por la propia Ley PIACI que ha dispuesto una cláusula de inalterabilidad del estatus de las reservas ya declaradas por el Estado.

Tercera.- En la misma línea de lo establecido en la conclusión anterior, no resulta aplicable a los PIACI de la RTKNN el régimen excepcional de intervención con fines de explotación que se recoge en el artículo 5, literal c) de la Ley PIACI. Dicho régimen, que incluye un marco demasiado amplio de discrecionalidad a favor del Estado, supone una amenaza latente para los derechos de los PIACI que viola el principio de estricta legalidad de las intervenciones en los territorios de los PIACI, así como el principio precautorio y de prevención, conforme a los estándares desarrollados por el sistema interamericano de protección de derechos.

Cuarta.- Conforme a la conclusión tercera, los funcionarios del Ministerio de Cultura, o cualquier otro funcionario del Estado peruano, no debieran arriesgar la responsabilidad del Estado ante el Sistema Interamericano, que ha sido muy explícito en sus preocupaciones frente a este tema, aplicando dicha excepción contenida en el artículo 5.c de la Ley PIACI, mientras no se defina, a nivel legislativo y con intervención del Parlamento Nacional, los términos precisos de lo que debe entenderse por “necesidad pública para el Estado”, en el proceso de autorización de cualquier intervención en los territorios de los PIACI con fines de aprovechamiento de recursos naturales.

Quinta.- El régimen de protección específica que contiene el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG no es incompatible el artículo 5, literal c) de la Ley PIACI, porque tal régimen de excepción no alcanza a la reserva de los PIACI de la RTKNN. Los PIACI de la RTKNN mantienen en forma inalterable frente al Estado, una garantía de intangibilidad absoluta de sus territorios y sus recursos. Tal garantía ha sido otorgada por el propio Estado atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos pueblos. Se trata, además, de garantías que el Estado peruano se ha visto obligado a otorgar en el marco de sus obligaciones con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al margen de esta conclusión, en el informe también se han desarrollado argumentos que permiten concluir que la excepción contenida en el artículo 5, literal c) de la Ley PIACI, tampoco resulta aplicable a cualquier otra reserva indígena, mientras el Congreso de la República, mediante ley, no haya establecido con precisión y objetividad las condiciones y supuestos que permitan establecer, cuándo un proyecto de aprovechamiento de los recursos que se ubiquen al interior de una reserva indígena, cumplen con los requisitos para declarar un proyecto de “necesidad pública” para el Estado.