

INFORME JURÍDICO

de salvaguardas y garantías para la protección de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial (PIACI) de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN)

Elaborado por:



AIDSESEP

Asociación Interétnica
de Desarrollo de la
Selva Peruana



DERECHO
AMBIENTE Y
RECURSOS
NATURALES

INFORME JURÍDICO DE SALVAGUARDAS Y GARANTÍAS

Para la protección de PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL (PIACI) de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN)

Elaborado por:



AIDSESP

Asociación Interétnica
de Desarrollo de la
Selva Peruana



DERECHO
AMBIENTE Y
RECURSOS
NATURALES

Informe jurídico de salvaguardas y garantías para la protección de pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN)

Primera edición: julio 2018

Autores:

Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP)

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)

Colaboradoras:

Ángela Arriola Escalante

Claudia Castro Barnechea

Jackeline Borjas Torres

Katherine Serrato Taboada

Editado por:

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)

Jr. Huáscar N° 1415, Jesús María, Lima, Perú

Teléfonos: (511) 340 3780 y (511) 340 3720

dar@dar.org.pe

www.dar.org.pe

Corrección de estilo:

Minerva Mora Alvino

Cita sugerida:

Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR). Informe jurídico de salvaguardas y garantías para la protección de pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN). Lima: DAR, 2018.

ÍNDICE

ACRÓNIMOS Y SIGLAS INTRODUCCIÓN

A. OBJETO DEL INFORME

B. ANTECEDENTES DE HECHO

C. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI) de la RTKNN
 - 1.1. Los derechos ancestrales de la RTKNN
 - 1.1.1. Del pueblo Nahua
 - 1.1.2. Del pueblo Nanti
 - 1.2. Principales amenazas al pleno goce de los derechos de los PIACI de la RTKNN
 - 1.2.1. El contacto
 - 1.2.2. Extracción de recursos naturales
 - 1.2.3. Contagio de enfermedades mortales
 - 1.2.4. De la situación de salud del pueblo Nahua
 - 1.2.5. De la situación de salud del pueblo Nanti
2. Marco normativo internacional sobre el derecho al territorio integral ancestral de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial (PIACI) de la RTKNN como obligación internacional del Estado
 - 2.1. Derecho al territorio
 - 2.2. Obligaciones internacionales del Estado que emanan del derecho al territorio
 - 2.2.1. Principios internacionales de derechos humanos
 - 2.2.1.1. El principio pro homine
 - 2.2.1.2. Principio de no regresividad de las normas que reconocen derechos
3. Marco normativo nacional aplicable a la RTKNN
 - 3.1. Con respecto a la consideración de la reserva indígena como un mandato legal de obligatorio cumplimiento
 - 3.2. Normas nacionales que protegen la intangibilidad del territorio de los PIACI
 - 3.2.1. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva. Decreto Ley N° 22175
 - 3.2.2. Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Ley N° 29763. Quinta Disposición Complementaria Final
 - 3.2.3. Reglamento de la Ley Forestal
 - 3.3. No es necesario aplicar la misma norma de adecuación a todas las reservas
4. Normas inconstitucionales que atentan con el principio de intangibilidad y no contacto de los PIACI: Ley N° 28736 (Ley de PIACI)
5. Inaplicación del artículo 5, literal c de la Ley N° 28736 para la RTKNN

D. CONCLUSIONES

E. RECOMENDACIONES

ACRÓNIMOS Y SIGLAS

ACCA	Asociación para la Conservación de la Cuenca Amazónica
AIDSESP	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
ASIS	Análisis de Situación de Salud
Censopas	Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Medio Ambiente para la Salud
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPC	Código Procesal Constitucional
CPP	Constitución Política del Perú
DACI	Dirección de los Pueblos en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial
DAR	Derecho, Ambiente y Recursos Naturales
DNUDPI Indígenas	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
EAC	Estudios adicionales de categorización
EDA	Enfermedades diarreicas agudas
EPR	Estudios previos de reconocimiento
HIS	Registro diario de atención y otras actividades de salud
Indepa Afroperuano	Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano
IRA	Infecciones respiratorias agudas
ITS	Infección de transmisión sexual
Mimdes	Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social
Minam	Ministerio del Ambiente
Mincu	Ministerio de Cultura
Minagri	Ministerio de Agricultura y Riego
Minsa	Ministerio de Salud
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIACI	Pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial
RTKNN	Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros
Sida	Síndrome de inmunodeficiencia adquirida
TC	Tribunal Constitucional
TdR	Términos de Referencia
VIH	Virus de inmunodeficiencia humana
VMI	Viceministerio de Intercultural

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente informe técnico-legal es establecer los fundamentos por los que la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (en adelante, RTKNN) debe mantener el carácter de intangibilidad de sus territorios. La finalidad es garantizar sus derechos a la vida y a la salud, salvaguardar su existencia e integridad y respetar su decisión de no mantener contacto con el resto de la sociedad, o su forma particular de hacerlo¹. En ese sentido, se promueve el respeto del principio de intangibilidad con el que se ha reconocido a la RTKNN al elevar su nivel de protección mediante la aprobación del Decreto Supremo N° 028-2003-AG. En consecuencia, el Estado peruano debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, sobre todo de los más vulnerables, promoviendo su identificación y su protección, y el respeto de la intangibilidad de su territorio y del principio de no contacto basado en la alta vulnerabilidad biológica de estos pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

Asimismo, en el informe se establece que la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento² de la “Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial”, Ley N° 28736, que señala adecuar las reservas territoriales existentes a reservas indígenas -considerando, además, el Decreto Supremo que apruebe dicha adecuación a reserva indígena- vulneraría los principios del derecho internacional de los derechos humanos de la RTKNN, como los principios pro homine y de no regresividad de los derechos constitucionales.

Además, se determinará que el Decreto Supremo N° 028-2003-AG es la norma más protectora y beneficiosa para la RTKNN, porque en ella se estableció con mayor claridad las medidas de control y limitaciones al desarrollo de actividades económicas en su territorio. En ese sentido, esta es la norma que debe prevalecer en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de aquellas que se puedan emitir con posterioridad y que busquen desconocer su contenido. De lo contrario, implicaría un retroceso en la extensión y/o protección concedida a un derecho previamente otorgado.

Finalmente, enfatizamos que la omisión de implementar medidas de protección efectivas por parte del Estado, a favor de poblaciones indígenas altamente vulnerables como las que habitan en la RTKNN, puede llegar a constituir responsabilidad civil, penal o administrativa funcional³. Esto significa que se puede imputar responsabilidad penal⁴ a los funcionarios públicos que, a pesar de tener la obligación de proteger a estas poblaciones, no tomaron las medidas de protección necesarias para ello. Al permitir que ingresen terceros a sus territorios, con fines de aprovechamiento de recursos naturales, se estarían vulnerando los principios de intangibilidad de sus territorios y de no contacto. Esto podría ocasionar, de facto, la muerte de estas poblaciones por enfermedades para las que no están preparadas inmunológicamente.

En ese sentido, es imperativa la necesidad de que el Estado despliegue estas salvaguardas que le permitan a los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) un espacio libre de toda actividad extractiva y/o económica, donde puedan ejercer libremente sus derechos ancestrales.

¹ Plan de Protección para los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, 2016-2020.

² Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2007-Mimdes, modificado mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC, con fecha 23 de julio de 2016.

³ Artículo 19 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175.

⁴ Artículo 337 del Código Penal Peruano.

A. OBJETO DEL INFORME

El presente informe fue requerido por la Dirección General de los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Dirección de los Pueblos en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial (DACI) del Ministerio de Cultura (Mincu). La solicitud se realizó en el marco de la reunión realizada el 4 de abril de este año.

El objetivo de este informe es alcanzar al Mincu una propuesta de salvaguardas y garantías para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y de contacto inicial de la RTKNN, con el fin de que el Ministerio adopte acciones para garantizar un marco normativo de protección de la vida e integridad de los PIACI, que sea acorde a Derecho. Ello implica preservar las garantías de protección establecidas en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG.

B. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Los pueblos indígenas Kugapakori, Nahua, Nanti y otros son pueblos originarios que descienden de pueblos que existían antes de la creación del Estado y que mantienen un contacto limitado o nulo con la sociedad. Esta decisión provoca que su sistema inmunológico sea altamente vulnerable. En ese sentido, cualquier tipo de contacto significaría una afectación directa a su vida y a la del pueblo en sí. Ellos han ocupado, de manera tradicional, el territorio ancestral ubicado en el actual distrito de Echarate, en la provincia de La Convención, y el distrito de Sepahua, en la provincia de Atalaya, departamentos de Cusco y Ucayali, respectivamente.
2. Los PIACI de Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, como todo pueblo indígena, mantienen una estrecha relación con su territorio, que es “la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para los pueblos indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁵.
3. El 26 de julio de 2003 se publicó el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, según el cual “Declaran superficie ubicada en los departamentos de Cusco y Ucayali como Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros”. Este decreto garantiza la integridad territorial⁶ de este pueblo y establece la prohibición del otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales.
4. El 18 de mayo de 2006 se publicó la Ley N° 28736, “Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley PIACI). Esta ley establece en el artículo 5, literal c, que “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”⁷. Y el artículo 35 del Reglamento de la Ley PIACI señala lo siguiente: “Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al VMI del MC la

⁵ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Supranota 49, párrafo 149.

⁶ DS N°028-2003-AG, artículo 3: “Garantícese la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras comprendidas al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes. En tal sentido queda prohibido el establecimiento de asentamientos humanos diferentes a los de los grupos étnicos mencionados en el artículo 2, al interior de la reserva territorial así como el desarrollo de actividades económicas. Asimismo queda prohibido el otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales”.

⁷ Artículo 5, literal c de la Ley N° 28736: “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”.

opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a Ley”⁸.

5. El 5 de octubre de 2007 se publicó el Decreto Supremo N° 008-2007-Mimdes, que aprueba el Reglamento de la Ley PIACI. El documento señala que, para el procedimiento de adecuación, las reservas territoriales se ciñen a los mismos pasos establecidos en el citado reglamento para la creación de una reserva indígena. Dos de los principales son los estudios previos de reconocimiento del pueblo (EPR- PIACI) y estudios adicionales de categorización (EAC). En ambos casos, estos deberán ser validados con los respectivos decretos supremos para cada proceso.
6. El 23 de julio de 2012, mediante Memorando N° 164-2012-VMI/MC e Informe N° 33-2012-DGIDP/VMI/MC, el despacho del viceministro de Interculturalidad recomienda al director general de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas la calificación favorable del informe para el estudio previo de reconocimiento de los pueblos indígenas de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, en el marco de la adecuación a reserva indígena, a cargo de la Comisión Multisectorial, así como para su conocimiento y fines conforme a ley.
7. El 4 de abril de 2014 se publicó el Decreto Supremo N° 001-2014-MC, según el cual “Declaran el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y contacto inicial ubicados en las reservas territoriales denominadas Madre de Dios, ubicadas en el departamento de Madre de Dios; Isconahua, Murunahua, y Mashco Piro, ubicadas en el departamento de Ucayali, y la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, ubicada en los departamentos de Ucayali y Cusco”. Con ello, se prosigue con la segunda etapa del procedimiento de adecuación de la RTKNN, que implica realizar un EAC.
8. El 24 de julio de 2016 se publicó el Decreto Supremo N° 008-2016-MC, que modifica el reglamento PIACI.
9. Del 8 al 25 de enero de 2018 se publicó la Convocatoria y Términos de Referencia en los portales web del Ministerio de Cultura y de la Asociación para la Conservación de la Cuenca Amazónica (ACCA) para la consultoría y elaboración de los EAC de la RTKNN. Sin embargo, con fecha 17 de abril, el Ministerio de Cultura nos informó sobre la suspensión de la convocatoria, ya que afirmaron que no se contaba con las condiciones necesarias para su desarrollo. En ese sentido, señaló que se volvería a convocar a la Comisión Multisectorial para reevaluar los TdR, compromiso que no se ha cumplido hasta la fecha.

C. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Los derechos de los PIACI tienen, entre sus fuentes, los derechos nacional e internacional.

1. Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI) de la RTKNN

1.1. Los derechos ancestrales de la RTKNN

1.1.1. Del pueblo Nahua

La organización Shinai enfatiza en el estrecho vínculo entre los nahuas y su entorno a través de actividades, como el cultivo de una planta, la construcción de una casa o la creación de una chacra. Hasta después de la muerte, el vínculo entre la persona nahua y sus árboles perdura, de la misma manera en que perdura su conexión con la chacra o la casa que construyó (Shinai, 2004).

Esta conexión entre los nahuas y el entorno en el que viven se manifiesta también mediante la importancia que tienen las cabeceras de los ríos, ya que en esas zonas enterraron a sus parientes durante las epidemias de la década de 1980. Los nahuas afirman que el alma o yoshi de la persona que ha muerto se separa del cuerpo e

⁸ Artículo 35 del Decreto Supremo N° 008-2007-Mimdes, modificado por el Decreto Supremo N° 008-2016-MC.

intenta mantenerse en contacto con sus parientes a través de las pertenencias materiales, casas, chacras, así como lugares que le pertenecieron y con las que se mantiene vinculadas (Shinai, 2004).

De acuerdo con Shinai (2004), una práctica ancestral de los nahuas es trasladarse a otro sitio luego de la muerte de un familiar, con la finalidad de escapar del yoshi que permanece en los lugares asociados a la persona difunta.

Alonso Zarzar ha señalado que, en la tradición de los pueblos nahua, el cuerpo es el centro de atenciones estéticas. Entre sus principales ornamentos destacaron las coronas de plumas de aves, los cinturones y collares de semillas o dientes de mono, entre otros (Zarzar, 1988). Asimismo, practicaron la pintura corporal y llevaban un corte de cabello redondo (Mincú, 2015)⁹.

1.1.2. Del pueblo Nanti

De acuerdo con el Instituto Lingüístico de Verano (2006), los hombres y mujeres nanti se han caracterizado por la costumbre de portar adornos de semillas y dientes de mono, así como discos hechos de escamas de pescado en la nariz. Con relación a las técnicas ancestrales del pueblo nanti, antiguamente empleaban piedras partidas sin mango como herramienta para limpiar la tierra y preparar las pequeñas chacras con sembríos de yuca y plátano. A partir de la década de 1970, las familias nanti emplearon cada vez más herramientas de metal (ILV, 2006).

1.2. Principales amenazas al pleno goce de los derechos de los PIACI de la RTKNN

1.2.1. El contacto

Muchos de los pueblos en aislamiento y sus antepasados han tenido algún tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo. Estas experiencias, que por lo general han sido negativas, informan sobre su reacción al contacto y a menudo se transmiten en sus historias orales¹⁰. 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 produce el contacto, se derrumba de modo irreversible todo un sistema de creencias, tradiciones y supuestos en los que han basado su modo de vida y su cultura por varios cientos de años¹¹.

Si el contacto se produce en un contexto violento, como es frecuente, su mundo entero deja de tener sentido. Esto ocasiona que dichas creencias y tradiciones se pierdan al no ser transmitidos a las generaciones más jóvenes, lo que puede implicar la desaparición de toda una cultura¹².

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 elimina la mayoría de las amenazas y se garantiza el respeto a los derechos de los pueblos. En opinión de la Comisión, es fundamental que todo esfuerzo por afianzar este respeto se rija, fundamentalmente, por el principio de

⁹ <http://bdpi.cultura.gob.pe/node/36> (Consultado el 21/06/2018).

¹⁰ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, señor Rodolfo Stavenhagen, A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párrafo 42. El relator especial señala que, contrariamente "a la imagen difundida por algunos medios de comunicación, estos grupos no son los pobladores primogénitos 'aún no contactados por la civilización', sino poblaciones que huyen del contacto desde hace generaciones, porque estas experiencias han sido extremadamente violentas y mortíferas, lo que los ha llevado a refugiarse en las selvas".

¹¹ Taller de Expertos sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, 6 de mayo de 2013, Presentación de Benno Glauser. Peter Kloos, Los akuriyo de Surinam: Un caso de emersión del aislamiento [The Akuriyo of Surinam: A Case of Emergence from Isolation], p. 23.

¹² Eugene Linden, Tribus perdidas, conocimientos perdidos. [Lost Tribes, Lost Knowledge], Time, 23 de septiembre de 1991, pp. 46-56. Como explica Linden, conforme algunas comunidades previamente en aislamiento son contactadas y se integran gradualmente a otras sociedades, los jóvenes pierden interés en sus culturas y tradiciones, y en ocasiones pueden dejar de valorarlas, lo que a su vez hace que dejen de practicarlas y, al cabo de una generación o dos, las tradiciones y las culturas milenarias desaparezcan.

no contacto. Este contacto solo se podrá producir si es propiciado por los pueblos en aislamiento.

1.2.2. Extracción de recursos naturales

En 2000, el Estado peruano suscribió el contrato de exploración y explotación del Lote 88 (con una extensión de 143 500.00 ha) con el Consorcio Camisea, liderado por Pluspetrol.

En ese contexto, autorizar actividades de hidrocarburos, sea de exploración o explotación, en la RTKNN amenaza el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para la vida de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial de la Amazonía peruana. Esto puede generar lamentables consecuencias, que ya se observaron en las primeras etapas del Proyecto de Camisea. Este es el momento exacto para que, mediante la exclusión de estos territorios de las actividades de hidrocarburos, se garantice de manera idónea los derechos fundamentales de estos pueblos altamente vulnerables.

En ese sentido, qué duda cabe que la actividad gasífera que se desarrolla en el Lote 88 y que se superpone a la RTKNN afecta no solo la salud del pueblo nahua, sino también la fauna de la zona. Los ruidos incesantes ahuyentan a los animales de caza, lo que disminuye los recursos alimentarios para los pueblos en aislamiento y contacto inicial. Otra amenaza real y latente es la contaminación de las fuentes de agua de la zona, tanto en cantidad y tamaño. Esto afecta la calidad de los peces y la salud de quien consume alimentos contaminados.

1.2.3. Contagio de enfermedades mortales

De acuerdo con estudios realizados por Shepard e Izquierdo¹³ (1993), las enfermedades gastrointestinales y respiratorias son las más comunes y las principales causas de muerte entre los matsigenka y otras poblaciones indígenas amazónicas. Según información proporcionada por el Ministerio de Salud (Minsa), el ámbito de la Microrred Camisea (área de influencia del Proyecto Camisea) contrasta, por ser "altamente epidémico", con relación a otras áreas rurales de la Amazonía, social y ambientalmente equivalentes. Esta característica está asociada al Proyecto Camisea. Los brotes de enfermedades diarreicas agudas (EDA)¹⁴ e infecciones respiratorias agudas (IRA), que afectan a la región del bajo Urubamba, presentan una alta tasa de presencia.

Asimismo, uno de los principales impactos ambientales del Proyecto Camisea ha sido la drástica disminución de los recursos hídricos (peces) y la fauna en general, debido al permanente tránsito de embarcaciones por el río Urubamba y sus afluentes, ubicados dentro del lote, así como el constante vuelo de helicópteros. De esta manera, los peces se dispersan y los animales de monte huyen ante tanto ruido, lo que dificulta las prácticas de subsistencia, como la caza y la pesca, que incide de forma negativa en el estado nutricional de la población.

Otro aspecto a tener en cuenta es el ingreso y la salida del personal del proyecto gasífero, porque esto coadyuva al incremento de enfermedades mortales en las poblaciones que habitan en la RTKNN. Hoy, el contagio de enfermedades es la amenaza más grave y por la que se impulsa el respeto irrestricto del principio de intangibilidad del territorio para estos pueblos inmunológicamente vulnerables.

1.2.4. De la situación de salud del pueblo Nahua

El pueblo Yora/Nahua se mantuvo en aislamiento hasta el año 1984, situación que cambió debido a la presión que ejercieron personas dedicadas a la tala ilegal, las empresas de gas e hidrocarburos y otros actores, quienes dieron inicio a la aparición de brotes epidémicos. En una primera etapa causaron la mortalidad del 46 % de su población (debido principalmente a infecciones respiratorias agudas y enfermedades diarreicas agudas). Por ello, estuvieron obligados a realizar un relacionamiento con la sociedad mayoritaria, que en la actualidad habita en la comunidad de Santa Rosa de

¹³ Disponible aquí: www.cess1.org/documents/boletin_ami16_000.doc (consultado el 21/6/2018).

¹⁴ Disponible aquí: www.iadb.org/idbdocs.cfm?docnum (consultado el 21/6/2018).

Serjalí, reconocida mediante RSRS N° 098-2005-GRUP-PDRSAU, el 12 de mayo de 2005¹⁵.

Esta población cuenta con un perfil epidemiológico de alto riesgo frente a las enfermedades infecciosas comunes, debido a que aún no tienen un sistema inmunológico competente que les brinde una respuesta adecuada ante patologías comunes.

El 13 de febrero de 2018, AIDSESEP solicitó información acerca del resultado de las atenciones integrales de salud al Minsa, que respondió mediante el Oficio N° 613-2018-DGIESP/Minsa, del 7 de marzo de 2018. En ese informe se determinó que el 61 % de la población excede el límite permisible de mercurio en orina. También se determinó que las patologías más frecuentes en el pueblo Nahua, de la Comunidad de Santa Rosa de Serjalí, lo constituyen las enfermedades respiratorias agudas, seguidas de las enfermedades infecciosas gastrointestinales.

Las causas de morbilidad en la Comunidad Santa Rosa de Serjalí se explican en el siguiente cuadro:

Principales causas de morbilidad registradas en la comunidad Santa Rosa de Serjali

Morbilidad	Total	0-11A	12-17A	18-29A	30-59A	60A+
TOTAL GENERAL	1181	418	64	208	407	84
INFECCIONES AGUDAS DE LAS VÍAS RESPIRATORIAS SUPERIORES	102	52	2	13	29	6
OTRAS GASTROENTERITIS	93	55	4	5	24	5
RINOFARINGITIS	79	50	5	15	7	2
GASTRITIS Y DUODENITIS	74	3	7	21	37	6
DORSALGIA	70	1	1	14	48	6
OTROS TRASTORNOS DEL SISTEMA URINARIO	58	7	3	11	34	3
FIEBRE DE ORIGEN DESCONOCIDO	55	30	3	5	13	4
FARINGITIS AGUDA	53	27	-	5	18	3
DOLOR ABDOMINAL Y PÉLVICO	48	9	3	13	18	4
CEFALEA	41	1	4	15	20	1
OTRAS MICOSIS SUPERFICIALES	38	15	3	5	12	3
OTROS TRASTORNOS ARTICULARES, NO CLASIFICADOS	31	-	-	6	21	4
BRONQUITIS AGUDA	30	28	2	-	-	-
BRONQUITIS NO ESPECIFICADA	29	-	1	5	15	8

¹⁵ Fuente: Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura.

COMO AGUDA O CRÓNICA						
OTRAS INFECCIONES LOCALES DE LA PIEL	27	21	1	2	3-	
OTRAS INFECCIONES INTESTINALES BACTERIANAS	25	12	1	3	9	-
PARASITOSIS INTESTINAL SIN ESPECIFICACIÓN	20	13	3	1	3	-
AMIGDALITIS AGUDA	20	8	2	3	5	2
ANEMIAS POR DEFICIENCIA	18	8	1	2	5	2
TRASTORNOS A LOS TEJIDOS	18	-	-	4	10	4
PRURITO	16	5	1	4	4	2
ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL	13	-	2	2	7	2
OTITIS MEDIA SUPRATIVA	5	3	-	2		

Fuente: Informe 071-2016-DPI-DGIESP/Minsa

Además de lo mencionado, el pueblo Nahua se encuentra expuesto a la contaminación por mercurio generado por la actividad extractiva en la zona. El “Análisis de situación de salud del pueblo Nahua de Santa Rosa de Serjali en la Reserva Territorial Kugapakori Nahua, Nanti y otros” realizado por el Minsa en 2017 señala que la contaminación se produce tanto en adultos como en niños, incluso se transmiten cantidades de mercurio superiores a las permitidas a través de la leche materna¹⁶.

En estudios realizados en 2015, con base al recojo de muestras, se encontró que “los resultados del laboratorio de Censopas indicaron que el 82 % (9) de las personas muestreadas presentaban concentraciones de mercurio inorgánico en orina por encima del valor referencial (< 5 Qg Hg/g creatinina). El 64 % de las muestras que excedieron el valor de referencia correspondió a mujeres”¹⁷. Posteriormente, se tomaron nuevas muestras y el análisis del Minsa señaló: “Se toma 32 muestras adicionales de orina (sin diseño muestral), de las cuales el 22 % pertenecían a menores de 12 años y 78 % a mayores de 12 años. Los resultados del laboratorio de Censopas, sobre mercurio en creatinina, indican que el 93.8 % (30) de las muestras presentaban concentraciones de mercurio inorgánico por encima del valor referencial (5 Qg Hg/g creatinina) y que de estas, el 56 % correspondían a mujeres”¹⁸.

Todo esto indica que la contaminación de la población con mercurio no se refiere a una cuestión ocupacional, sino que el mercurio se encuentra en el agua, el aire, las fuentes de alimento (como los peces¹⁹), etc. Debido a eso, todos los sectores de la población (incluso niños y niñas) están contaminados. Tener un elevado porcentaje de mercurio en el organismo produce una serie de enfermedades y reduce la calidad de vida de las personas contaminadas. Además, no se puede señalar que el mercurio

¹⁶ Ministerio de Salud. (2017). “Análisis de situación de salud del pueblo Nahua de Santa Rosa de Serjali en la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti y otros”, p. 101.

¹⁷ Ídem p. 102.

¹⁸ Ídem p. 103.

¹⁹ “A través del análisis de muestras de 15 especies de peces más consumidos por la población de esta zona se halló que nueve de ellas (el 60 %) tenían niveles promedio de mercurio que se encontraban por encima de los valores de referencia del mercurio”, p. 107.

se encuentra en esa zona de forma natural, ya que en el año 2000 se realizó un estudio de impacto ambiental (EIA) para la concesión del Lote 88 por parte de Pluspetrol y donde se especificó que no había presencia de mercurio superficial de forma natural en esa zona.

El mismo Ministerio de Salud señala que, a pesar de la falta de información por el hermetismo de las empresas sobre sus actividades, “no es posible descartar que estas sean la fuente de contaminación por mercurio de los nahua”²⁰.

Por último, resulta importante señalar las causas principales de mortalidad del pueblo Nahua. Los estudios realizados son desde 1984 (año en que dejan su aislamiento) hasta 2014. En ellos se señala que la principal causa de muerte son las enfermedades infecciosas y parasitarias (74 % de las muertes), en especial cuando empieza el contacto, por la falta de inmunidad a los agentes patógenos a los que fueron expuestos (causó epidemias). Entre estas enfermedades se encuentran la tuberculosis, las infecciones respiratorias agudas, la septicemia, enfermedades relacionadas al VIH, enfermedades infecciosas intestinales y otras enfermedades inmunopreventibles.

La segunda causa se refiere a las lesiones y causas externas (8.5 %), en especial accidentes. Según el ASIS del Ministerio de Salud, la tercera causa de muerte se le atribuye a síndromes culturales (7 %), como muertes relacionadas a brujería. En tanto, la cuarta es la de afecciones perinatales (3 %) y la quinta, enfermedades neoplásicas (2.5 %), especialmente al estómago y tejido linfático²¹.

Debido a lo antes mencionado, se debe considerar que, a pesar de la progresiva recuperación poblacional luego de las epidemias de las primeras etapas de contacto, los nahua siguen en una situación de extrema vulnerabilidad por tres razones: las múltiples fuentes de patógenos para las que no tienen defensas, el aumento de la población sedentaria que no se condice con la cantidad de recursos disponibles para la subsistencia, y el limitado acceso a agua apta para el consumo humano. Además, la exposición al mercurio es un tema sumamente importante, porque gran parte de la población tiene un nivel de mercurio mayor al límite permitido, en especial las mujeres en edad fértil y los niños.

1.2.5. De la situación de salud del pueblo Nanti

El ASIS del año 2003 demuestra que las epidemias son el principal factor de desnutrición en los niños y de muerte precoz. Estas son las principales razones por las que se produce la mortalidad de la población matsigenka-nanti. A ello se suman las enfermedades transmisibles (95 %). El grupo de enfermedades parasitarias e infecciosas constituyen el principal motivo de consulta (83 %), seguidas de los traumatismos y envenenamientos (11 %), y las enfermedades digestivas (2 %)²².

El análisis de causas en Montetoni de 2010 a 2013 muestra que las enfermedades respiratorias agudas representaron el 56 % de las consultas, mientras que para el rango de 2001 a 2003, el 29 %. En tanto, las enfermedades infecciosas intestinales, de 2010 a 2013, representaron un 14 % de consultas, mientras que de 2001 a 2003, el 12 %. Es necesario mencionar que estas causas se presentan con un carácter epidémico que afecta, principalmente, a la población menor de 5 años, aunque también a la población adulta. De 2010 a 2003, la helmintiasis estaba presente en un 4 % de las consultas. De 2001 a 2003, representaba el 9 % de las consultas. La conjuntivitis estaba en un 9 % y las infecciones de la piel y tejido subcutáneo, en 1.7 %. Esto demuestra un rápido contagio en medios de contacto estrecho de la población, a causa de la actividad cotidiana y la deficiente calidad de higiene. Otras causas la conforman los traumatismos superficiales y heridas (10 %), gastritis y duodenitis (2 %), infección de las vías urinarias (2 %), lumbago y otras dorsalgias (1.9 %). Para los registros del HIS de la Microrred Camisea, se encontró que la desnutrición crónica afecta al 67 %. Además, para el año 2012, se han registrado infecciones de transmisión sexual por primera vez. Para los años 2010-2013, constituyen el 1 % de consultas, lo que concuerda con los registros del HIS de la Microrred Camisea²³.

²⁰ Ídem p. 110.

²¹ Ídem p. 111.

²² Ministerio de Salud. (2017). Análisis de Situación de Salud del Pueblo Nanti del Alto Camisea. p. 71.

²³ Ídem, p. 74.

Según el género, podemos esquematizar que el registro de consultas de hombres fue de 961 (promedio de 240 consultas al año). El 85 % de consultas externas tuvo como causa cuatro grupos de patologías relacionadas: infecciones respiratorias agudas (54 %) –mayor en comparación con la de la HSI Microrred Camisea (34 %) –, seguidas de las enfermedades infecciosas intestinales (14 %), traumatismos superficiales y heridas (11 %), conjuntivitis (5 %) y helmintiasis (5 %). Por otro lado, el registro de mujeres para el período 2010-2013 ofrece 875 consultas (promedio de 219 consultas al año). El 84 % de las consultas tuvo cuatro o grupos de patologías relacionadas: enfermedades respiratorias agudas (58 %) –mayor que la encontrada en el HSI Microrred Camisea (34 %)–, seguidas de enfermedades intestinales (13.1 %) –menor a los hombres y mayor a la encontrada a la HSI Microrred Camisea (8%)–, traumatismos superficiales y heridas (9 %), conjuntivitis (5 %), helmintiasis (4 %), gastritis y duodenitis (3 %) e infecciones de vías urinarias (3 %)²⁴.

En el período 2004-2013, se ha observado 17 171 consultas con motivo de enfermedad diarreica aguda. Esta ha representado el 19 % de las consultas, con un promedio anual de 1717 consultas al año. Se observa, sin embargo, una tasa decreciente para los años posteriores al periodo 2007-2009. Con base en registros desde 1995, se demuestra que hasta mayo de 2005 no se detectaban brotes epidémicos de EDA ni muertes relacionadas a ella. Con posterioridad al ASIS de 2003, se identificaron dos brotes correspondientes a los años 2006 y 2013 (se cuenta con información probatoria). El primer brote data del 6 de diciembre al 4 de enero: murieron ocho adultos en Montetori y el resto enfermó. En Malanksiari no se reportaron muertos y fueron pocos los enfermos. El segundo brote data del 10 octubre de 2013 al 4 de noviembre de 2013: murió un niño de cinco meses (la edad más atacada por la enfermedad). El brote de 2006 y 2013 se originó al exterior de la RTKNN. La falta de higiene y útiles de aseo pertinentes, el hábito de compartir los alimentos dentro de la unidad familiar y el consumo de agua cruda favorecieron la infección²⁵.

Las infecciones de vías respiratorias agudas tienen el saldo más alto de mortalidad en infantes de cinco años. Para la población Matsigenka-Nanti, es la principal causa de morbilidad (56 %) y la segunda causa de muerte (29 %) en adultos y niños. En 2008, Indepa recibió información de 17 pobladores de la RTKNN, entre los meses de junio y octubre. A principios de diciembre de 2013 se informó de un brote de IRA: los principales afectados fueron niños de cinco años de edad y algunos adultos²⁶.

El 40 % (22/55) de niños menores de cinco años presenta desnutrición global. A la vez, la desnutrición crónica afecta al 67.3 % de niños menores de cinco años y se acentúa a partir del año (73.3 %) hasta llegar a un 100 % a los cuatro años. Se halló también que el 7.3 % (4/55) de los niños presenta desnutrición aguda, de los cuales el 100% son menores de dos años²⁷.

Sobre la tuberculosis, en el período 1993-1998 se registraron en total ocho casos. En 2007 se identificaron dos casos de tuberculosis, una mujer y un varón²⁸.

En cuanto a las infecciones de transmisión sexual (ITS), se reportó un brote en los meses de junio-noviembre de 2012. Con base en esta información, se identificaron 13 casos, de los que el 69 % eran hombres. La población Matsigenka-Nanti no registra casos de VIH/Sida²⁹.

2. Marco normativo internacional sobre el derecho al territorio integral ancestral de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial (PIACI) de la RTKNN, como obligación internacional del Estado

2.1. Derecho al territorio

²⁴ Ídem, p. 75.

²⁵ Ídem, p. 84, 86 y 89.

²⁶ Ídem, p. 95.

²⁷ Ídem, p. 103-104.

²⁸ Ídem, p. 111.

²⁹ Ídem, p. 113-114.

El derecho al territorio es el derecho que tienen los pueblos indígenas sobre el espacio geográfico que han ocupado de manera ancestral y donde desarrollan su forma de vida. Además, implica un derecho de autonomía sobre el mismo. Esta facultad es lo que diferencia a la tierra del territorio, reconocido en el ámbito nacional por el Tribunal Constitucional (TC) peruano, máximo intérprete de la Constitución, en el 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.º y 89.º de la Constitución], sin recoger el concepto de ‘territorio’ de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13º 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”.

Además, para los pueblos indígenas, la relación con el territorio no es solo una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente. En ese sentido, los pueblos mantienen una estrecha relación con su territorio, que debe ser “reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”. Es por este revestimiento especial que existe un marco normativo nacional e internacional, como la jurisprudencia del TC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT³⁰) que protege la especial importancia que tiene, para las culturas y valores espirituales de los pueblos, su relación con las tierras o territorios.

Dicha protección está consagrada en el Convenio 169 de la OIT, que reconoce este derecho en los siguientes artículos:

“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 [...]”.

Este derecho abarca también todo el hábitat, por la relación especial entre los pueblos y el territorio, donde los recursos son base fundamental para su subsistencia como tal.

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) señala lo siguiente:

“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

³⁰ Ratificado por el Estado peruano el 2 de febrero de 1994 y vigente desde el año siguiente.

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 traten”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es parte del derecho nacional y es norma aplicable de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPC) peruano. En reiteradas decisiones, la Corte IDH resalta “la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y [...] la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos³¹. Así ha establecido lo siguiente:

Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 172, párrafos 120-122.

“90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos [...]”.

“120. Sobre este particular, la Corte ha sostenido, previamente, que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales y, por lo tanto, de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio, que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí”. El artículo 21 protege el derecho a esos recursos naturales (suprapárrafos. 85-96)”.

“121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo [...]”.

“122. Como se mencionó anteriormente (suprapárrafos. 85-96), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre este [...]”.

Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párrafo 149.

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

Por todo lo expuesto, los derechos de los pueblos indígenas que habitan la RTKNN son derechos ancestrales que cuentan con marco normativo nacional e internacional.

³¹ Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. párrafo 90.

2.2. Obligaciones internacionales del Estado que emanan del derecho al territorio

El derecho al territorio está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, un tratado de derechos humanos ratificado por el Estado peruano en 1994 y entró en vigencia en 1995. Por lo tanto, es una obligación internacional vigente y exigible del Estado peruano.

El artículo 55 de la Constitución Política del Perú (CPP) señala que los tratados internacionales forman parte del derecho nacional. En tanto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP sostiene que los derechos se interpretan de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el Estado peruano tiene la obligación internacional de cumplir con este tratado, no solo por las consideraciones expuestas, sino también en concordancia con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, de la que el Perú es parte.

Por lo tanto, el incumplimiento de estos derechos es una falta a una obligación internacional del Estado de proteger los derechos ancestrales de estos pueblos.

2.2.1. Principios internacionales de derechos humanos

2.2.1.1. El principio pro homine

Los principios pro cives, favor libertatis o pro homine, de conformidad con los cuales, en caso de duda sobre qué norma que regula o reconoce derechos humanos deba aplicarse, –sea de Derecho Constitucional o Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporada al Derecho interno–, debe preferirse aquella que mejor proteja a la persona y que le permita gozar de su derecho de una mejor manera, en una aplicación coherente con los valores y principios que conforma la base de todo ordenamiento jurídico³².

Por lo pronto, cabe señalar que este principio tiene dos manifestaciones: (1) como preferencia normativa, dentro de la que encontramos: a) la preferencia de la norma más protectora y b) la conservación de la norma más favorable, o (2) como preferencia interpretativa³³. De esta manera, la aplicación del Pro Homine supone siempre una elección de la norma o interpretación que sea cada vez más protectora.

A través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, la Corte IDH se ha referido con diversas expresiones al principio pro homine y a su contenido. El tribunal de San José ha sentado los siguientes criterios³⁴: (a) Si a una situación le son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona³⁵. (b) Si alguna ley del Estado, parte u otro tratado internacional del cual dicho Estado sea parte, otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, el Estado deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos³⁶.

³² Nogueira, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis* (online), vol. 9, n.º 1.

La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-251/97 de 28 de mayo de 1997 expresa lo siguiente en relación a este punto: "...No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos". Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia pueden leerse en la sede electrónica de la misma: www.constitucional.gov.co.

³³ Cfr. Sangüés, N. (2002). "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional". En J. Palomino Manchego (coord.). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro homenaje a Germán Bidart Campos). Lima: Grijley, p. 38.

³⁴ Aguirre, J. (2007). "La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos Universidad de San Carlos e Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar. Año V (n.º 8), p. 83.

³⁵ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, § 21. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, § 52. Corte IDH. Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004, §180 y 181. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, § 106.

³⁶ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 184. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores). Excepciones preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999, § 37. Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, § 50.

Por nuestra parte, creemos que la esencia del principio pro homine puede resumirse en que se trata de una regla general del derecho de los derechos humanos (subyacente a todo el derecho de los derechos humanos) mediante la que, vía interpretación o adecuación normativa, se busca asegurar que en toda decisión se alcance el resultado que mejor proteja a la persona humana.

La aplicación del principio pro homine ha ampliado la acepción de muchos derechos convencionales y ha consagrado nuevos. Esto sucedió, particularmente, a la hora de concebir la dignidad humana, el proyecto de vida, los derechos territoriales de comunidades aborígenes, así como al crear el derecho a la verdad y al determinar el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otros³⁷.

El principio pro homine es neutralizador de la temporalidad normativa. Sostiene la atemporalidad. No interesa si una norma es anterior o posterior. Se valida la más protectora del derecho a salvaguardar en la situación³⁸.

El rol del Principio pro homine varía según sus diferentes aplicaciones. Actúa como:

- Principio de interpretación de normas (extensivo, amplio, a la hora de proteger los derechos humanos; restrictivo al momento de aplicar limitaciones a los derechos)³⁹.
- Principio de determinación de la norma aplicable en caso de concurrencia o conflicto de normas (aplicación de la norma más favorable al ser humano)⁴⁰.

En ese sentido, el Mincu reconoce este principio dentro de sus normas internas. Tal es así que en la Directiva N° 004-2014-VMI que aprueba las “Normas, pautas y procedimiento que regulan las autorizaciones excepcionales de ingreso a las reservas indígenas” expresa que este principio pro homine⁴¹ “debe entenderse como la aplicación preferente de una norma que optimice el derecho constitucional y reconozca la posición

³⁷ Drnas de Clémet Zlata. (25 de marzo de 2015). La complejidad del principio pro homine. Buenos Aires. Consultado el 12 de junio de 2018.

³⁸ Julio Barberis. Si bien con relación a los tratados ha considerado que hay principios lógicos que impiden negar el principio “ley posterior deroga a la anterior” –“Il serait aussi impossible de penser que la norme lex posterior derogat legi priori soit susceptible de dérogation (...). Il y aurait une contradiction logique. Si une norme (...) va déroger a cette norme, elle appliquerait à la fois le principe auquel elle déroge” (Barberis, Julio A., “La liberte de traiter des Etats et le jus cogens”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 30 –1970–, p. 27)–, coincidimos con Barberis en que, aun en la excepcionalidad y prioridad que impone la protección de los derechos humanos, una afirmación lineal y tajante de derogación en su ámbito de las relaciones ley posterior-ley anterior no es lógicamente admisible. Por otra parte, la ley posterior involucra valores colectivos superiores que han impuesto el cambio y que no pueden ser desconocidos sin ponderaciones más serias y complejas.

³⁹ La interpretación de los convenios y otros instrumentos sobre derechos humanos se ha realizado, con frecuencia, invocando los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, especialmente en lo que respecta a la interpretación “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Sin embargo, el PPH, al igual que las pautas de no textualidad, progresividad, evolutividad y no regresibilidad hallan sustento en los artículos 38 (normas de un tratado que llegan a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional), 53 (tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general o ius cogens), 64 (aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general o ius cogens), 28 (irretroactividad condicionada de los tratados). En la técnica hermenéutica se ha distinguido entre “lagunas normativas” (remedio: nueva norma internacional o interpretación amplia de normas existentes), “lagunas de aplicación” (remedio: nueva norma internacional o interpretación amplia analógica), “lagunas de supervisión” (remedio: nueva norma internacional), “lagunas de implementación” (remedio: establecimiento de nuevos procedimientos o instituciones), “lagunas de ratificación” (remedio: campañas o encomiendas de ratificación para la construcción de nuevos consensos). Esa creación de nuevas normas puede darse en relación horizontal y/o vertical. Ver Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos, Nuevas normas de derechos humanos: Aprendiendo de la experiencia. Ginebra, 2006 (consultada el 12 de junio de 2018). Disponible aquí: http://www.ichrp.org/files/reports/32/120b_report_es.pdf.

⁴⁰ Cuando varias normas de derechos individuales son aplicables al mismo caso, corresponde aplicar la que mejor proteja al individuo-victima. Ante el problema de la conciliación de los intereses individuales y los sociales, ya Tomás de Aquino había entendido en su obra Summa Theologiae que cuando existía un conflicto entre lo social y lo individual en el seno del mundo material, debía prevalecer el bien común. Pero, por el contrario, si el conflicto afectaba a la esfera íntima del ser humano y a su salvación, en ese caso debía prevalecer el bien del hombre frente al de la sociedad (II-IIae.2, qu. 152, art. 4, ad. 3 y I-IIae.1, qu. 21, art. 4, ad. 3). Ver González Uribe, Héctor, Fundamentación filosófica de los derechos humanos: ¿personalismo o transpersonalismo? Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana [19], pp. 328-329 (consultado el 12 de junio de 2018). Disponible aquí: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr20.pdf.

⁴¹ Disposición General VI. 6.1 de la Directiva N° 004-2014-VMI que aprueba las “Normas, pautas y procedimiento que regulan las autorizaciones excepcionales de ingreso a las reservas indígenas”.

prioritaria de los derechos fundamentales; proporcionando un mayor grado de protección y salvaguarda a los derechos de los PIACI sobre cualquier actividad”.

Advertimos que la condición de pueblo indígena en aislamiento es un estado social y cultural efectivo, derivado del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, que es el fundamento para el establecimiento de medidas de protección a favor de los mismos. Sin embargo, la desidia del Estado en la identificación y protección está coadyuvando a la desaparición de la población indígena vulnerable. Es imperativo mantener intactos sus derechos fundamentales. Y, en caso de producirse daños a la salud, la vida y la cultura de estas poblaciones, así como la ausencia de medidas de protección por parte del Estado, este tendrá responsabilidad jurídica indubitablemente, al ser el llamado a protegerlos y al haber permitido su abandono y estado de indefensión.

2.2.1.2. Principio de no regresividad de las normas que reconocen derechos

A partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional y la doctrina, se establecerán cuáles son las funciones del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales en un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de derecho.

Así, podemos definir al principio de no regresividad como la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, que está reconocida para todos los derechos humanos. Este principio vendría a ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable.

De esta forma, constituye afectación de este principio la expedición de alguna medida normativa que tienda a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o a desmejorar una situación jurídica favorable⁴² a un determinado grupo de personas, sobre todo si ese grupo de personas tiene una protección específica especial. Este principio vendría a ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable al individuo o grupo de personas. En consecuencia, el principio de no regresión constituye un planteamiento fundamental en la defensa de los derechos humanos, que permitirá disipar dudas cuando exista incertidumbre en cuanto a qué norma se deberá mantener vigente o aplicar para tutelar los derechos fundamentales de las personas.

La segunda se aplica a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). Esta determina si es regresiva, cuando al compararla con la norma que ha modificado o sustituido, suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la norma anterior. De esta manera, “el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado”. Entonces, son regresivas las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho previamente otorgado.

Se debe considerar que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos fijan mínimos de protección, que se vuelven un estándar para la creación de normas nacionales que desarrollen la obligación jurídica internacional. Esto impide generar normas nacionales que vayan por debajo de ese mínimo, pues sería una forma directa de contradecir el contenido de la obligación estatal. El principio de no regresividad, entonces, está enfocado en que no puede disminuirse el nivel de protección alcanzado ni crear obstáculos para lograr los cometidos o fines para los cuales fue expedida una norma que reconoce u otorga derechos.

3. Marco normativo nacional aplicable a la RTKNN

3.1. Con respecto a la consideración de la reserva indígena como un mandato legal de obligatorio cumplimiento

Es cierto que el principio de legalidad señala que “las autoridades, funcionarios y servidores públicos del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del

⁴² Toledo, O. (2010). “El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”, Revista Derecho y Cambio Social. Lima, Perú.

Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico”⁴³. No obstante, es importante precisar las consideraciones del punto 2.2. referente a que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del derecho nacional, de acuerdo al artículo 55 de la CPP, y que los derechos consagrados en la Constitución se deben interpretar de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, tal como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP, e interpretar de conformidad con la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar del CPC. Por lo tanto, si bien el Ministerio de Cultura tiene un mandato legal de adecuación de la RTKNN como reserva indígena, por encima de ello tiene un mandato constitucional y de obligación internacional de protección de los derechos de los PIACI. Los derechos de estos pueblos se afectarán con la concreción de dicha adecuación al establecer que, “en caso de ubicarse dentro de la reserva indígena un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al VMI del MC la opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a ley”. Esta disposición configura una apertura para el otorgamiento de nuevos derechos de exploración y explotación que pondría en grave riesgo la vida e integridad de los pueblos de la RTKNN y otros, así como la eliminación de la prohibición del otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales establecido en el Decreto Supremo N° 028-2003-AG.

Este procedimiento de adecuación de la RTKNN y, en general, de las demás reservas involucradas implicaría una vulneración de la integridad territorial establecida en el artículo 3 del Decreto Supremo N°028-2003-AG, decreto de creación de la reserva que establece lo siguiente:

“Artículo 3. Garantícese la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras comprendidas al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes”.

Por lo tanto, el procedimiento de adecuación significa un retroceso en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos y su vulneración, así como un incumplimiento del Estado con sus obligaciones internacionales.

3.2. Normas nacionales que protegen la intangibilidad del territorio de los PIACI

3.2.1. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (Decreto Ley N° 22175)

Las reservas territoriales son áreas delimitadas por el Estado a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, al amparo del Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, promulgado el 10 de mayo de 1978. En su Segunda Disposición Transitoria, concordante con los literales a y b del artículo 10 de la misma ley, dispone que para la determinación del territorio de las comunidades nativas -cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional-, se determinará un área territorial provisional de acuerdo con sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que se defina su condición de establecimiento.

3.2.2. Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley N° 29763-Quinta Disposición Complementaria Final)

Una de las leyes peruanas que establece taxativamente el respeto a la intangibilidad del territorio de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial es la Ley N° 29736, que indica en su Quinta Disposición Complementaria Final lo siguiente: “No se otorga títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre en áreas en trámite de reconocimiento, de titulación o de ampliación de comunidades campesinas y nativas, así como en las áreas en trámite para el establecimiento de reservas territoriales para los pueblos en

⁴³ Artículo 1 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

aislamiento voluntario o en contacto inicial, en concordancia con los tratados internacionales en vigor”. Esta disposición sostiene, muy claramente, que se prohíben las concesiones forestales en territorio de los PIACI, pues se sobreentienden las razones que motivaron dicha prohibición: la alta vulnerabilidad frente a enfermedades externas comunes y la carencia de defensas inmunológicas para combatirlas. Además de las enfermedades, los enfrentamientos violentos con agentes externos y las fricciones internas pueden generar situaciones de riesgo de extinción de estos pueblos vulnerables.

En el aspecto específico de la subsistencia, los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial dependen de los recursos naturales existentes en sus territorios. Estos son aprovechados mediante prácticas como la caza, la recolección, la pesca y la agricultura. Estas actividades hacen necesario que sus territorios y recursos naturales se mantengan en determinadas condiciones para garantizar su subsistencia.

3.2.3. Reglamento de la Ley Forestal

Al continuar con lo establecido en la Ley N° 29736, su reglamento, el Decreto Supremo N° 021-2015-Minagri también confirma la intangibilidad del territorio de los PIACI al señalar expresamente lo siguiente:

Artículo 60. Prohibición de otorgamiento de títulos habilitantes en áreas de comunidades nativas y comunidades campesinas posesionarias en trámite de titulación o ampliación territorial.

En concordancia con lo establecido en la Quinta Disposición Complementaria Final y la Undécima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley, no se otorgan títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre en áreas posesionarias en trámite de reconocimiento, de titulación o de ampliación territorial de comunidades nativas y comunidades campesinas, con excepción de los permisos para el aprovechamiento forestal y de fauna silvestre solicitados a favor de estas comunidades, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 22175. El plazo al que hace referencia la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley es de tres años contados a partir de la entrada en vigencia del Reglamento.

No se otorgan títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre, en ningún caso, en reservas territoriales o en áreas en trámite para el establecimiento de reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en contacto inicial.

La necesidad de establecer con claridad el respeto del principio de intangibilidad de los territorios de los PIACI radica en la vulnerabilidad política que se refleja en la toma de decisiones gubernamentales en los temas que les concierne. Esta situación se expresa en la superposición de derechos a favor de terceros o en el impulso a proyectos de diversa índole sobre sus territorios.

3.3. No es necesario aplicar la misma norma de adecuación a todas las reservas

Con respecto a este punto, es necesario especificar que el trato diferenciado entre la RTKNN y las demás reservas, consideradas para el procedimiento de adecuación, no se produce por cuestiones subjetivas, sino por las mayores garantías consideradas en la categorización de la RTKNN (Ley N° 28736), que impide que se realicen actividades de aprovechamiento ni brinde opción para el otorgamiento de nuevos derechos de exploración y explotación, lo que pondría en grave riesgo la vida e integridad de los pueblos de la RTKNN y otros. Es decir, a) el objetivo del trato diferenciado es legítimo y se fundamenta en la mayor garantía y respeto a sus derechos territoriales; b) el trato diferenciado es adecuado para conseguir el fin último, que es la protección de sus derechos territoriales y ancestrales; c) la categorización de la RTKNN como reserva indígena vulneraría el derecho al territorio de los PIACI, mas no existiría una vulneración a dicho derecho (ni a los pueblos indígenas asentados en las otras reservas) si no se procede con la mencionada categorización. Por último, d) al no existir una vulneración a otros derechos –en caso no se proceda con la categorización–, esta distinción, en relación al trato especial como reserva territorial, es proporcional para conseguir la protección de la RTKNN.

En ese sentido, el trato diferenciado de la RTKNN es procedente. Lo contrario implicaría una vulneración del principio de No Regresividad en materia de derechos humanos. Esta señala que, una vez establecido un mínimo de protección en favor de las personas (en este caso los PIACI), el Estado no puede modificar la normativa que genere una disminución en el mínimo ya otorgado. Esto constituye una vulneración a los PIACI y, por

lo tanto, una violación de las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de su protección.

4. Normas inconstitucionales que atentan con el principio de intangibilidad y no contacto de los PIACI: Ley N° 28736, Ley de PIACI

La Ley PIACI denota expresamente la intangibilidad parcial que tendrían las reservas indígenas, al señalar taxativamente en el artículo 5, literal c de la Ley N° 28736: “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”.

La “Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial” (Ley N° 28736) establece, en su artículo 1, el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial. Ello garantiza, en particular, sus derechos a la vida y a la salud para salvaguardar su existencia e integridad. Esto trae como consecuencia la intangibilidad de los espacios que habitan, con la finalidad no solo de resguardar su derecho a la autodeterminación, sino también, y especialmente, su derecho a la vida y a la salud.

El artículo 5 consagra la intangibilidad relativa de las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial en tanto mantengan su calidad de tales. Se prohíbe realizar cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas y no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales. Lamentablemente, la norma claudica en su deber de proteger a las poblaciones indígenas en aislamiento y en contacto inicial, y permite que, de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se intervengan los territorios ancestrales de estas poblaciones vulnerables. Empero, el aislamiento de estos pueblos no solo ha traído para ellos vulnerabilidad inmunológica, sino también política. Esto se refleja en la norma que supuestamente debe protegerlos, pero no lo hace. En vez de ello, justifica el quebrantamiento de su derecho a no ser contactados y a su intangibilidad de la integridad cultural. De esta manera, la vida de estas poblaciones indígenas peligran.

Es evidente que la excepción establecida en el literal c del artículo 5 de la Ley N° 28736 vacía de contenido el principio de no contacto, el principio pro homine y el principio de no regresión de las normas que reconocen derechos y anula, en absoluto, la condición de intangibilidad de una reserva indígena como la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros. Esta queda expuesta a contactos con trabajadores y actividades de concesionarios, cuya única justificación son los intereses económicos y no el respeto irrestricto de los derechos constitucionales.

El conflicto entre derechos fundamentales de poblaciones vulnerables minoritarias y el aprovechamiento de un recurso de necesidad pública, ambas normas cuestionadas, lo termina resolviendo a favor del sector privado, sin tener en cuenta la condición de intangibilidad de estos territorios indígenas ni la alta vulnerabilidad biológica y cultural de estas poblaciones.

En ese sentido, el literal c del artículo 5 de la Ley N° 28736, y el artículo 35 del Decreto Supremo N° 008-2007-Mimdes, modificado por el Decreto Supremo N° 008-2016-MC, resultan inconstitucionales porque dejan sin efecto la principal medida de protección de derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento que habita en la RTKNN: la intangibilidad de sus territorios. Al desconocer la intangibilidad de una reserva territorial indígena, por el solo hecho de que existen recursos naturales en su subsuelo, anulan de manera injustificada la mayor protección de estos mecanismos que salvaguardan la integridad biológica y cultural de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, como los que habitan en la RTKNN. Con ello, también afectan los derechos a la vida, la salud, la integridad cultural, la dignidad, así como el derecho al territorio, a la propiedad y a la posesión ancestral, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y al bienestar de estas poblaciones indígenas, previstos en los incisos 1, 16, 19, y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, estas normas, al ser inconstitucionales, pueden ser inaplicadas en un proceso constitucional de amparo y así permitir el respeto absoluto de la intangibilidad de las reservas territoriales indígenas.

En consecuencia, teniendo en cuenta los artículos 4 y 5 de la “Ley de protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial”, Ley N° 28736, así como los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG,

que declara la Reserva Territorial Indígena Kugupakori, Nahua, Nanti y otros, esto permitiría que se mantenga la intangibilidad de la reserva y que se garantice la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras que la conforman, a la vez que se respete la vida, la salud, la integridad física y la cultural, y su derecho a la autodeterminación de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial: Kugupakori, Nahua, Nanti y otros presentes. No se permitiría la autorización de actividades extractivas en el interior de la reserva y se considerarían las medidas de prevención correspondientes.

5. Inaplicación del artículo 5, literal c, de la Ley N° 28736 para la RTKNN

La intangibilidad de las reservas territoriales indígenas tiene por objeto proteger la vida, la salud, la integridad física y psicológica, la identidad cultural, la posesión ancestral y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial. En ese sentido, resulta inconstitucional que el literal c del artículo 5 de la Ley N° 28736 afecte los derechos constitucionales que se protegen con la intangibilidad.

Es evidente que la excepción establecida en el literal c del artículo 5 de la Ley N° 28736 vacía de contenido el principio de no contacto y anula en absoluta la condición de intangibilidad de una reserva indígena como la RTKNN, quedando expuesta a contactos con trabajadores y actividades de concesionarios. Su única justificación son los intereses económicos y no el respeto irrestricto de derechos constitucionales, como el contenido del artículo 2, incisos 1 y 22 y el artículo 7 de la Constitución Política del Estado. También resulta inconstitucional el artículo 35 del Reglamento de la “Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial” y el Decreto Supremo N° 008-2007-Mimdes, que desprotege a los pueblos indígenas en aislamiento al indicar: “cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Indepa-Mincu la opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a ley”.

Posteriormente, la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, modificó el citado artículo de la siguiente forma: “Aprovechamiento de recursos por necesidad pública. Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley. La opinión técnica será aprobada por Resolución Viceministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial”. Esta norma resulta igualmente inconstitucional, porque al considerar de necesidad pública la extracción de recursos naturales en territorios indígenas de pueblos en aislamiento y contacto inicial se puede autorizar la exploración o explotación de los mismos, sin interesar que afecte el carácter intangible de estos territorios o que quebrante el principio de no contacto con estas poblaciones, amenazando de manera inminente sus derechos constitucionales.

D. CONCLUSIONES

1. El literal c del artículo 5 de la Ley N° 28736 y el artículo 35 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2007-Mimdes, vulneran el derecho al territorio de los PIACI de la RTKNN, que tiene un marco normativo de protección en los ámbitos nacional e internacional.
2. De proseguir con la adecuación de la RTKNN a reserva indígena se perderían dos aspectos: (i) la garantía de integridad del territorio ancestral de los pueblos referidos, garantizada por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG, decreto de creación de la RTKNN, y (ii) se eliminaría la prohibición del “otorgamiento de nuevos derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales”, que sería sustituida por la configuración de una opción para el otorgamiento de nuevos derechos de exploración y explotación señalada en el artículo 5, literal c de la “Ley para protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial” (Ley N° 28736). En ese sentido, el procedimiento significa dejar desprotegidos a los PIACI de la RTKNN.
3. El procedimiento de categorización de RTKNN a reserva indígena es contrario a lo establecido en instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano, mientras la reserva indígena esté sujeta al artículo 5, literal c de la Ley N° 28736, y al artículo 35 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2007-Mimdes.
4. En ese sentido, el procedimiento de categorización de la RTKNN a reserva indígena implica un retroceso y regresividad en el marco legal existente de protección de los PIACI.

E. RECOMENDACIONES

Se recomienda que se modifique el artículo 5, literal c de la Ley N° 28736, y el artículo 35 de su Reglamento, en concordancia con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 028-2003-AG. En tanto no se establezca la modificatoria del artículo 5, literal c, último párrafo, y el artículo 35 de su reglamento, se excluya a la RTKNN del procedimiento de adecuación a Reserva indígena por las consideraciones expuestas en tanto se pone en grave riesgo la vida e integridad de los PIACI de la RTKNN.

Se recomienda al Ministerio de Cultura (Mincu), en coordinación con el Ministerio de Salud (Minsa) y el Ministerio del Ambiente (Minam), identificar las fuentes, matrices, vías y puntos de exposición al mercurio y otros tóxicos que afectan la salud de los pueblos indígenas de la RTKNN, especialmente a la población Nahua del asentamiento Santa Rosa de Serjalí y Matsigenka.

Se recomienda al Mincu, en coordinación con el Minsa y las organizaciones indígenas, priorizar la implementación de la Norma y Guías Técnicas de Salud para los pueblos en aislamiento y contacto inicial, de manera inmediata en estos últimos.

Se recomienda al Mincu cumplir con la implementación efectiva del Régimen Especial Transectorial para la protección de los PIACI, considerando la existencia de corredores territoriales como ámbitos que requieren una protección integral y articulada. Al respecto, se debe trabajar de manera articulada con los demás sectores del Poder Ejecutivo, en sus tres niveles de Gobierno y alinear sus acciones institucionales en el marco de lo establecido en la normatividad internacional en protección de los derechos de los PIACI.

También se recomienda considerar lo establecido en 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, resultado de las consultas realizadas por Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) en las regiones de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela”. El documento de Naciones Unidas brinda parámetros importantes que deberían tomarse en cuenta al generar normativa que pueda afectar a los PIACI.

Con base a todo lo expuesto, recomendamos que el Ministerio de Cultura tome las siguientes medidas:

- A corto plazo. Ante la situación de urgencia del tema, recomendamos que, a través del uso del control de convencionalidad señalado por la Corte IDH, el Mincu haga suyo el presente informe y, con respecto a la recategorización de la RTKNN, no aplique el artículo 5, literal c de la Ley N° 28736 (“Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial”) por presentar una normativa que vulnera los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, al reducir el estándar de protección por debajo del mínimo, lo que permite el ingreso de agentes externos para la realización de actividades económicas y extractivas.

Para esto, es importante señalar que la Corte IDH ha manifestado en múltiples ocasiones la importancia del control de convencionalidad como un método de análisis que debe realizar toda autoridad que, materialmente, tome decisiones que pueden incidir en el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Esto significa que toda autoridad estatal debe tener como marco de actuación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las obligaciones que emanan de ella. Así, sus decisiones y medidas adoptadas se encontrarán acordes con las obligaciones interamericanas del Estado peruano.

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que: “Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control ‘de convencionalidad’ ex-officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁴⁴.

En consecuencia, recomendamos que el Mincu cumpla con realizar el control de convencionalidad y no aplique la norma que genera la vulneración. La finalidad debe ser la protección y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, como lo señala la Convención Americana, nuestra Constitución y las demás normas internacionales de la materia.

- A largo plazo. En lo que respecta a medidas a largo plazo, recomendamos al Mincu tener en cuenta dos escenarios:
 - a) Ámbito nacional. Elevar una opinión técnica como Ministerio especializado en el tema para que el Congreso de la República, a través de alguno de sus miembros, acoja el pedido y modifique la norma señalada. La finalidad es que esta se equipare con los estándares internacionales.
 - b) Ámbito internacional. Que el Ministerio de Cultura, a través de los canales jurídicos y diplomáticos adecuados del Estado peruano, someta la Ley N° 28736 a consideración de la Corte IDH para que esta, a través de una opinión consultiva, señale si las medidas fijadas en la norma cumplen o no con la normativa internacional en el tema.

⁴⁴ Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. parr. 213.