

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN
SITUACIÓN DE AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN SITUACIÓN DE
CONTACTO INICIAL, A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, PERÚ, 2020**

Tesis presentada por el Bachiller:

Vidal Calderón, Armando Miguel

para optar el Título Profesional de:

Abogado

Asesor:

Mg. Fernández Huaranca, Julio Martin

Arequipa – Perú

2021

DICTAMEN DE COMISIÓN EVALUADORA

DE: Dr. JESSICA MONTENEGRO BELTRÁN
A: Dr. GABRIEL TORREBLANCA LAZO – DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
REFERENCIA: BORRADOR DE TESIS “Análisis de la Protección de los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento Voluntaria y en Situación de Contacto Inicial, a la Luz de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos, Perú, 2020”
FECHA: 18 de noviembre de 2020

En relación al asunto de la referencia, emito dictamen sobre el borrador de tesis presentado indicando:

1. La hipótesis, “Dado que el Estado peruano no está procurando implementar en su legislación los derechos más importantes de los pueblos en su aislamiento voluntario y contacto inicial, a la luz de la Ley N° 28736, como es el “no contacto”, es probable que el Estado no está cumpliendo con su deber de garantizar y proteger los derechos de estos pueblos y pueda incurrir en responsabilidad internacional”, ha sido comprobada.
2. Los objetivos se han cumplido satisfactoriamente.
3. En lo que toca a las conclusiones del trabajo, estas guardan concordancia con los objetivos.
4. Las sugerencias son pertinentes para el problema.
5. Respecto a las referencias, considero que están debidamente consignadas.

Por lo tanto, se aprueba el borrador presentado por el bachiller **Armando Miguel Vidal Calderón**, el cual tiene mérito para su sustentación oral.

Atentamente,



Dr. Jessica Montenegro Beltrán

DICTAMEN DE MIEMBRO DE COMISIÓN EVALUADORA

DE: **PATRICIO MARCELO FAJARDO PASSANO**
Dictaminador de Comisión Académica

PARA: **GABRIEL TORREBLANCA LAZO**
Decano de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

ASUNTO: Borrador de Tesis
"ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL, A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, PERÚ, 2020"

FECHA: 27 DE OCTUBRE DE 2020

Luego de haber revisado el borrador de tesis del señor alumno **ARMANDO MIGUEL VIDAL CALDERÓN**, debo de indicar que procedo a emitir dictamen final de conformidad con el artículo 12 del Reglamento de Grados y Títulos de nuestra Facultad. Al respecto, indico lo siguiente:

PRIMERO:

Se ha verificado la comprobación de la hipótesis planteada, ya que el Estado Peruano no está implementando legislación vinculada a los derechos más importantes de los pueblos indígenas en su aislamiento voluntario y contacto inicial; a la luz de la Ley N° 28736, incurriendo en responsabilidad internacional.

SEGUNDO:

Se ha logrado cumplir con los objetivos generales establecidos, ya que, se ha determinado: (i) las medidas legislativas que debe implementar el Estado Peruano para la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en el año 2019; asimismo, se ha cumplido con los objetivos específicos: (i) analizar si el principio de no contacto es un derecho que prima sobre los demás derechos que gozan los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial, (ii) Determinar si transgredir el principio de no contacto para la protección de este tipo de pueblos es la mejor forma de tutelar sus derechos, o es la inacción por parte del Estado para no entrar en contacto con ellos, (iii) Indagar si se puede realizar test de proporcionalidad en la que su resultado señale que es más importante la tutela de otro tipo de derecho sobre el del no contacto.

TERCERO: En cuanto a los resultados de la investigación, (i) existe concordancia entre los objetivos planteados y las conclusiones arribadas, (ii) las conclusiones responden a la investigación realizada respecto de los derechos de los pueblos indígenas, habiéndose aportado modificaciones legislativas de relevancia.

Tomando en consideración lo anteriormente señalado, considero que el Borrador de Tesis se encuentra **APTO** para su sustentación oral.

Atentamente:



Patricio Marcelo Fajardo Passano

Dictaminador

2821

Dedicatoria

*Principalmente a Dios quien es mi guía y me dio
fuerzas e inspiración.*

*A mis padres Armando y Ana María por ser mi ejemplo
y la fuerza que me impulsa cada día a ser mejor.*

*A mi hermana Ana Claudia, por ser la persona que
confía en mí y festeja mis logros.*



Agradecimientos

A mis asesores Dr. Julio y Mg. Christian, por su valioso apoyo y aporte a mi investigación.

A todos mis amigos que me han acompañado y ayudado en este proceso, dándome el impulso que necesitaba.



RESUMEN

La protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial es importante para salvaguardar su integridad, en tal sentido el objetivo de la presente investigación es determinar qué medidas legislativas debe implementar el Estado peruano para la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Dicha investigación está desarrollada en IV Capítulos, el capítulo número I, se titula marco teórico, en él se desarrollan los aspectos generales y los conceptos necesarios que se debe conocer para poder realizar la presente investigación, la definición de pueblos indígenas y todo lo relacionado a sus derechos.

En el capítulo II, se realiza el análisis de la propuesta de estudio, análisis de la legislación vigente, análisis de las directrices internacionales, las principales amenazas y la importancia de la protección a estos pueblos.

En el capítulo III, se analiza la participación y consulta previa, la concepción internacional de la consulta previa, la concepción nacional de la consulta previa, el análisis de la ley y el análisis jurisprudencial.

En el capítulo IV, titulado la consulta previa y el principio de no contacto, se desarrolla la posibilidad de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial y la vulneración de los derechos de los PIAVCI debido a una mala e ineficiente implementación de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (2006), y su Reglamento Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, modificado mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC., se realiza una serie de críticas a las normativas respecto de PIAVCI, así como recomendaciones para la protección de los PIAVCI.

Palabras clave: Pueblos indígenas, aislamiento voluntario, contacto inicial.

ABSTRACT

The protection of indigenous or native peoples in a situation of isolation and in a situation of initial contact is important to safeguard their integrity. In this sense, the objective of this investigation is to determine what legislative measures the Peruvian State should implement for the protection of indigenous peoples. in voluntary isolation and initial contact.

This research is developed in IV Chapters, chapter number I, is titled theoretical framework, it develops the general aspects and the necessary concepts that must be known to carry out this research, the definition of indigenous peoples and everything related to Your rights

In Chapter II, the analysis of the study proposal, the analysis of current legislation, the analysis of international guidelines, the main threats and the importance of protection for these peoples are carried out.

In Chapter III, he analyzes participation and prior consultation, the international conception of prior consultation, the national conception of prior consultation, the analysis of the law and jurisprudential analysis.

In chapter IV, entitled prior consultation and the principle of non-contact, the possibility of carrying out a prior consultation with indigenous peoples, isolation in voluntary and initial contact and the violation of the rights of PIAVCI due to a bad and inefficient implementation of Law No. 28736, Law for the protection of indigenous or native peoples in isolation and in a situation of initial contact (2006), and its Regulation Supreme Decree No. 008-2007-MIMDES, modified by Supreme Decree No. 008- 2016-MC., A series of criticisms are made of the regulations regarding PIAVCI, as well as recommendations for the protection of PIAVCI.

Keywords: Indigenous peoples, voluntary isolation, initial contact.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad existen cientos de pueblos indígenas en todo el mundo, cuya población se ha visto gravemente afectado y disminuido, ya que, históricamente han venido sufriendo violaciones de sus derechos humanos más importantes, como son su derecho a la vida, a la integridad personal, a la propiedad, salud, etc. Esto debido a muchos factores, pero principalmente, a la explotación de recursos naturales que se encuentran en las zonas que los pueblos indígenas ocupan.

Dentro de estos pueblos indígenas, existen dos tipos de pueblos de las cuales se ocupará esta investigación, los cuales son los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y los pueblos indígenas en contacto inicial, a los que se les ha denominado PIAVCI. En el caso de los primeros, como su nombre lo indica, estos pueblos deciden aislarse y no mantener contacto con personas ajenas a su pueblo, ya sea por su cultura, tradiciones o incluso por supervivencia o por escapar de un peligro, debido a que, por ejemplo, un simple resfriado podría ser una epidemia en este tipo de pueblos, motivo que provoca que no quieran mantener relaciones sostenidas con las demás personas de una nación, incluyendo en ocasiones, otros pueblos indígenas.

Por otro lado, los pueblos indígenas en contacto inicial son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que mantienen un contacto intermitente o esporádico con la población mayoritaria no indígena, por lo general referido a aquellos que han iniciado un proceso de contacto recientemente. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013), el Perú es el segundo país con más pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en el mundo.

Como estos pueblos no mantiene relaciones sostenida con personas ajenas a su pueblo, uno de los derechos más importantes que ostentan, es el del “no contacto”, que como su propio nombre lo indica, es el derecho que tienen estos pueblos a que ninguna persona ajena a su pueblo pueda establecer algún tipo de contacto, relación o comunicación con ellos, ya que, si se da el contacto, se derrumba de modo irreversible todo un sistema de

creencias, tradiciones y costumbres en los que un pueblo indígena en aislamiento ha basado su modo de vida y su cultura, por lo que, el principio de no contacto es uno de los derechos más importantes de los PIAVCI, sin embargo, no hay pronunciamientos sobre sus límites o excepciones, razón por la cual, se estudiara a fondo este principio y se darán una serie de recomendaciones sobre el mejor actuar del Estado, entidades y la población en general, para así asegurar el respeto de los derechos de estos pueblos.

Es por esto la importancia de que los Estados deben adoptar medidas legales y administrativas necesarias para asegurar tanto el cumplimiento del principio de no contacto, como también asegurar las condiciones que favorezcan la supervivencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, ya que, “una de las razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 10).

Es por esta razón, que se realiza la presente investigación, ya que, actualmente no existe ningún estándar internacional clara e inequívoca sobre la materia, pese a ser necesaria para la protección integral de estos pueblos; si bien hay pronunciamientos sobre el mejor actuar de los Estados y de la población con respecto a este tipo de pueblos, estos son muy variados e incluso opuestos. Por esta razón, el Perú debe desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado.

ÍNDICE GENERAL

CONTENIDO	PÁGINA
Agradecimientos	ii
Dedicatoria	iii
Resumen	iv
Abstract	v
Introducción	vi
Índice general	viii
Índice de tablas	xii
Índice de figuras	xiii
Tabla de abreviaturas	xiv
CAPÍTULO I	15
1. MARCO TEÓRICO	15
1.1. ASPECTOS GENERALES	15
1.1.1. Que es vulnerabilidad	15
1.1.2. Medición de la vulnerabilidad	15
1.1.3. Definición de personas vulnerables	17
1.1.4. Quienes son considerados grupos vulnerables	18
1.1.5. Test de vulnerabilidad y sus causas subyacentes	18
1.1.6. Elementos del test de vulnerabilidad	19
1.2. PUEBLOS INDÍGENAS	21
1.2.1. Definición de pueblos indígenas	21
1.2.2. Definiciones y diferencias entre los pueblos indígenas y tribales y las comunidades campesinas y nativas.	23
1.2.3. Protección de los pueblos indígenas en el orden nacional e internacional.	24
1.2.4. ¿A quiénes se les considera pueblas indígenas en el Perú?	28
1.2.5. Protección de los derechos civiles y políticos	29

1.2.6. Protección de sus derechos económicos, sociales y culturales.	29
1.2.7. Especial protección a los niños, niñas y mujeres indígenas.	30
1.3. PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL (PIAVCI).	31
1.3.1. ¿Qué es un Pueblo Indígena en Aislamiento Voluntario?	31
1.3.2. ¿Qué es un pueblo indígena en contacto inicial?	32
1.3.3. Libre autodeterminación de los pueblos.	32
1.3.4. Principio de no contacto.	35
1.3.5. Zona de intangibilidad.	36
1.3.6. Directrices nacionales e internacionales para su protección.	36
1.3.7. Derecho de propiedad sobre sus tierras y territorios.	41
CAPÍTULO II	43
2. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE ESTUDIO	43
2.1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL, LEY N° 28736 Y SU REGLAMENTO DECRETO SUPREMO N° 008-2016-MC:	43
2.2. ANÁLISIS DE LAS DIRECTRICES INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL:	52
2.2.1. Instrumentos del sistema universal de derechos humanos.	55
2.3. PRINCIPALES AMENAZAS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL:	56
2.3.1. El contacto.	56
2.3.2. Extracción de los recursos naturales.	57
2.3.3. Empresas transnacionales.	59
2.3.4. Enfermedades y epidemias.	61
2.3.5. Terrorismo.	62
2.3.6. Desastres naturales.	64
2.4. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE ESTE TIPO DE PUEBLOS Y LA PRESERVACIÓN DE SU CULTURA Y	66

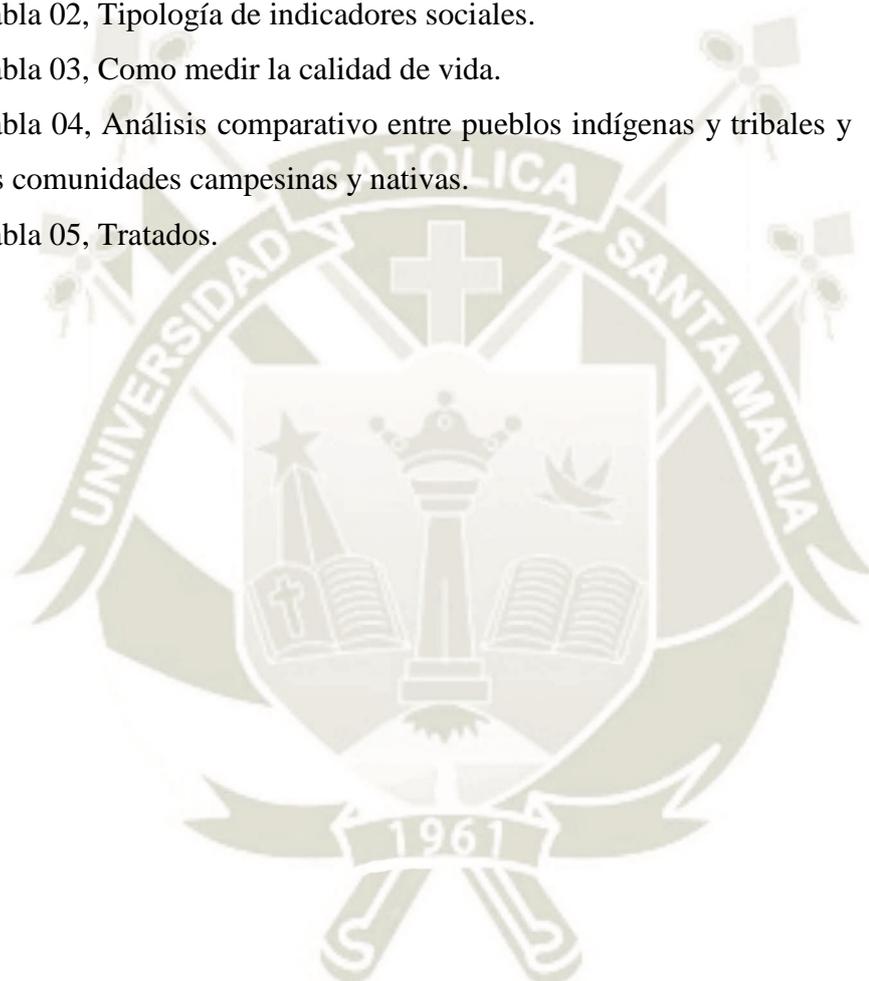
TRADICIONES.

CAPÍTULO III	67
3. PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PREVIA	67
3.1. ¿Qué ES LA CONSULTA PREVIA?	67
3.1.1. ¿Cuándo se realiza la consulta previa?	68
3.1.2. ¿A quién se realiza la consulta previa?	69
3.1.3. ¿Cuál es el objeto de la consulta previa?	70
3.1.4. ¿Quién debe realizarla y cuáles son los principios de la consulta previa?	72
3.1.5. Derechos que se vulneran al no realizarse la consulta previa a los pueblos indígenas:	76
3.2. CONCEPCIÓN INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA.	77
3.2.1. Sistema interamericano de derechos humanos.	77
3.2.2. Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes.	79
3.2.3. Instrumentos del sistema universal de derechos humanos.	82
3.3. CONCEPCIÓN NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA, ANÁLISIS DE LA LEY.	83
3.3.1. Análisis de la LEY N° 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).	83
3.3.2. Análisis del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785.	85
3.4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.	86
3.4.1. Análisis jurisprudencial nacional	86
3.4.2. Derecho a veto	86
3.4.3. Análisis jurisprudencial internacional	95
CAPÍTULO IV	106
4. LA COINSULTA PREVIA Y EL PRINCIPIO DE NO CONTACTO	106

4.1. LA COINSULTA PREVIA Y EL PRINCIPIO DE NO CONTACTO	106
4.2. POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL.	115
4.2.1. Consulta previa en caso de desastres naturales.	116
4.2.2. Consulta previa en caso de salvaguardar derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial debido a contacto de terceras personas.	121
4.2.3. Consulta previa en caso de extracción de recursos naturales por Necesidad Pública:	129
4.3. LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PIAVCI DEBIDO A UNA MALA E INEFICIENTE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 28736 Y SU REGLAMENTO DECRETO SUPREMO N° 008-2007-MIMDES, MODIFICADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 008-2016-MC. RECOMENDACIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PIAVCI.	149
4.4 MODIFICATORIAS QUE SE DEBEN REALIZAR A LA LEY N° 28736 PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL.	163
CONCLUSIONES	169
REFERENCIAS	173
ANEXOS	181

ÍNDICE DE TABLAS

CONTENIDO	PÁGINA
Tabla 01, Propuesta actual de indicadores sociales de la ONU.	16
Tabla 02, Tipología de indicadores sociales.	16
Tabla 03, Como medir la calidad de vida.	17
Tabla 04, Análisis comparativo entre pueblos indígenas y tribales y las comunidades campesinas y nativas.	23
Tabla 05, Tratados.	55



ÍNDICE DE FIGURAS

CONTENIDO	PÁGINA
Figura 1 Instrumentos legales Nacionales del Perú según su jerarquía.	37
Figura 2 Instrumentos Específicos Para Regular A Los Pueblos Indígenas	37
Figura 3 Instrumentos legales que protegen a los pueblos indígenas.	
Figura 4. Instrumentos legales internacionales que protegen a los pueblos indígenas.	39
Figura 5. Concesiones forestales versus pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.	46
Figura 6. ONG acusa a Ministerio de Cultura de Perú de atentar contra intereses de pueblos indígenas.	50
Figura 7. Identifican 110 áreas y 24 puntos de minería ilegal en Madre de Dios.	58
Figura 8. Indígenas afectados por actividad petrolera reclamaron ante la CIDH.	60
Figura 09 Disposiciones sobre Consulta Previa en Instrumentos Normativos del	82
Figura 10. Contenido del derecho a la consulta de manera Jurisprudencial	97

TABLA DE ABREVIATURAS

PIAVCI: Pueblo indígena en aislamiento voluntario y contacto inicial.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convenio N° 169: Convenio número 169 de la OIT del año 1989.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OEA: Organización de los Estados Americanos.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

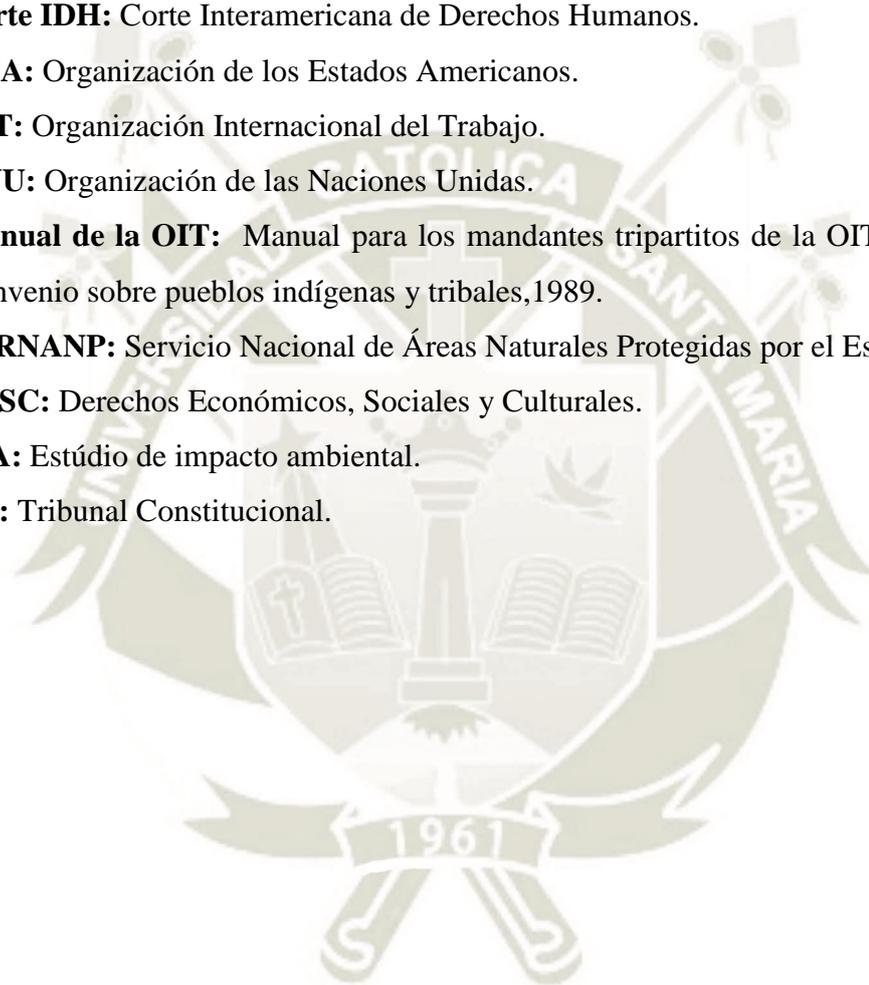
Manual de la OIT: Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

SERNANP: Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

EIA: Estudio de impacto ambiental.

TC: Tribunal Constitucional.



CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1. ASPECTOS GENERALES:

1.1.1. Que es vulnerabilidad:

La vulnerabilidad se entiende como la exposición de una persona o grupo, que es sensible a los cambios, ya sean positivos o negativos. Estos elementos que afectan a las personas son externos.

La vulnerabilidad en ciencias aplicadas es definida como una medida de las características (la sensibilidad) y de las circunstancias (la exposición) de una persona o de un grupo a una amenaza, incluido el grado de recuperación del impacto producido por el hecho dañoso. La vulnerabilidad así definida depende del conjunto de los elementos que derivan de la situación o la condición de una persona o de un grupo. (Estupiñan-Silva, 2013, p. 197)

1.1.2. Medición de la vulnerabilidad:

La medición de la vulnerabilidad es, por decirlo menos, complicada, debido a que existen diversos enfoques que provocan debates, por lo que no hay un método adecuado, debido a que:

A la hora de analizar la realidad social, especialmente las situaciones de vulnerabilidad, se han utilizado diversos enfoques y técnicas que han suscitado intensos debates sobre su idoneidad, sin que exista un acuerdo unánime en la comunidad científica a la hora de establecer cuál es el método más adecuado, a continuación, se presenta el sistema de indicadores para la inclusión social aplicado en el marco de un proyecto europeo. (Navarro & Larrubia, 2006)

A continuación, se muestran dos tablas que resumen dicho enfoque aplicado en el marco de un proyecto europeo.

Tabla 01

Propuesta actual de indicadores sociales de la ONU.

CAMPOS	DIMENSIONES
Población y desarrollo.	<ul style="list-style-type: none"> • Salud. • Bienestar material. • Educación.
Erradicación de la pobreza.	<ul style="list-style-type: none"> • Ingreso y gasto. • Recursos económicos.
Expansión del empleo productivo/ reducción del desempleo.	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo. • Ambiente laboral. • Educación. • Entrenamiento.
Integración social.	<ul style="list-style-type: none"> • Vivienda. • Trabajo • Crimen. • Justicia criminal.
Estado de mujeres y hombres.	<ul style="list-style-type: none"> • Saludos cordiales. • Educación. • Trabajo. • Ingresos.

Fuente: Navarro S., y Larrubia R., (2006)

Tabla 02

Tipología de indicadores sociales.

CRITERIO DE CLASIFICACIÓN	CLASIFICACIÓN
Por la escala de medida	<ul style="list-style-type: none"> • Indicadores absolutos. • Indicadores relativos.
Por la naturaleza del hecho.	<ul style="list-style-type: none"> • Datos de observación objetiva.

	<ul style="list-style-type: none"> • Fenómenos percibidos o subjetivos.
Por el nivel de abstracción.	<ul style="list-style-type: none"> • Indicadores simples. • Indicadores sintéticos.
Por el contenido teórico.	<ul style="list-style-type: none"> • Indicadores analíticos. • Indicadores descriptivos.

Fuente: Navarro S., y Larrubia R., (2006)

Tabla 03

Como medir la calidad de vida.

INDICADOR	DIMENSIONES
Índice de Desarrollo Humano (IDH)	<ul style="list-style-type: none"> • Esperanza de vida al nacer. • Nivel educativo. • Ingreso per cápita.

Elaboración. Propia.

Como se puede observar en las tablas, se toman en cuenta muchos elementos como salud, bienestar material, educación, recursos económicos y vivienda, elementos de los cuales carecen los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial (en adelante PIAVCI); por lo que, si bien, es difícil medir su grado de vulnerabilidad, es evidente que sí son una parte de una población sumamente vulnerable.

1.1.3. Definición de personas vulnerables:

Un sujeto vulnerable es frágil, expuesto a la violación de sus derechos como persona en comparación con otros miembros de la sociedad, ya que:

Cundo se habla de personas vulnerables, se hace referencia al sujeto lógico de Aristóteles en cuanto que este es al mismo tiempo objeto del pensamiento y del conocimiento y titular de conciencia y de derechos. El sujeto vulnerable interamericano en

consecuencia, posee una fragilidad mayor a la fragilidad promedio de otros sujetos en el seno del mismo Estado y esta fragilidad trae como consecuencia una mayor exposición a la violación convencional (refiriéndose a la CADH). Cuando se combina, por un lado, el análisis del contexto, y, por otro lado, del grado de sensibilidad, el sujeto vulnerable puede ser estudiado por el juez interamericano a partir de un conjunto de tipos para facilitar el estudio de sus complejas realidades. (Estupiñan-Silva, 2013, p. 210)

Asimismo, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, (2020) señala que: “las personas en situación de vulnerabilidad son las que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentran con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos” (párr. 5).

1.1.4. Quiénes son considerados grupos vulnerables.

Los grupos vulnerables son grupos sociales que se encuentran en desventaja, razón por la cual son o podrían estar excluidos. Estos grupos tienen una mayor posibilidad de presentar daño, debido a que puede existir diferencias en el trato social que reciben por parte de terceros, entidades o incluso el propio Estado a través de sus representantes.

Finalmente, la Defensoría del Pueblo del Perú, (2018) señala que las personas vulnerables son: Pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, población afroperuana, mujeres, personas con discapacidad, poblaciones migrantes, y población LGTBIQ.

1.1.5. Test de vulnerabilidad y sus causas subyacentes:

El test de vulnerabilidad, orientado a las comunidades indígenas en aislamiento, está enfocado al análisis de las violaciones a sus derechos

como personas y su intangibilidad, así como el grado de perjuicio a dichas comunidades.

El test de la vulnerabilidad comienza con el estudio del contexto en el que las violaciones de derechos humanos ocurren. Dicho contexto será analizado a partir de las causas subyacentes como reenvíos a las circunstancias históricas, políticas y sociales de las violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a partir de otros elementos estructurales de presión que pueden determinar el grado de afectación de los derechos en cuestión, cuyo papel varía de un caso a otro. (Estupiñan-Silva, 2013, p. 201)

- a. Las causas subyacentes. (La limitación en el acceso a los derechos convencionales, los elementos estructurales del sistema estatal).
- b. Las circunstancias (exposición).
- c. Las características (sensibilidad).

1.1.6. Elementos del test de vulnerabilidad.

a. Las causas subyacentes:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2003) ha señalado en su Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, que la vulnerabilidad está alimentada por ciertas situaciones de jure (eg. las desigualdades en la población) y de facto (eg. desigualdades estructurales) que tendrán consecuencias decisivas en acceso a los recursos públicos (p. 25).

b. Las circunstancias (exposición):

“La vulnerabilidad se puede delimitar en función de una progresión, a partir de las causas subyacentes y hacia los grados de exposición por acción o por omisión hasta abordar las condiciones

de riesgo (inseguridad) cuya intensidad es variable”. (Estupiñan-Silva, 2013, p. 205)

c. Las características (sensibilidad):

La sensibilidad a la amenaza de violación de los derechos humanos depende en gran medida de la posición del individuo dentro del Estado. En ese sentido, el juez interamericano está interesado en las personas cuya situación de desventaja o el grado de debilidad son evidentes, ya sea como producto de sus condiciones físicas o de situaciones sociales de diferente naturaleza (Estupiñan-Silva, 2013, p. 210).

- “La fragilidad física - o la sensibilidad física a la amenaza - se define como el producto de un conjunto de características que son exclusivas a un tipo de personas en relación con el promedio de la sociedad” (Estupiñan-Silva, 2013, p. 211).
- “La fragilidad social - sensibilidad social ante la amenaza – se define como el conjunto de características económicas, jurídicas, políticas, etc., de un individuo o grupo de individuos que lo ponen en situación de desventaja en un momento dado” (Estupiñan-Silva, 2013, p. 212).

El primer elemento del test (las causas subyacentes) está relacionado con situaciones de hecho, ya que el estado es el responsable de la limitación en el acceso a los derechos convencionales, es decir, un problema de estructura. El segundo elemento relacionado a las comunidades indígenas en aislamiento es la exposición por acción, ya que la principal violación sería por fuerzas externas como la intangibilidad de su territorio, y el tercer elemento está relacionado con la fragilidad social, porque este grupo de individuos estarían en desventaja por su aislamiento.

1.2. PUEBLOS INDÍGENAS:

1.2.1. Definición de pueblo indígena:

Pueblo es un concepto con varios significados. Para la presente investigación interesa la acepción que hace referencia “a los habitantes de una cierta región, nación o país. Estos habitantes constituyen una comunidad ya que comparten una misma cultura” (Pérez & Merino, 2010).

Indígena, es se utiliza cuando se está refiriendo a la población originaria de un territorio. Dichas poblaciones suelen mantener sus tradiciones den cuanto su organización que preceden al desarrollo del Estado moderno. Este término procede del latín y es producto de la suma de dos partes claramente diferenciadas: el adverbio “inde”, que puede traducirse como “allí”, y “gena”, que es equivalente a “nativo o indio”. (Pérez & Merino, 2010)

La noción de pueblo indígena, por lo tanto, está vinculada a la comunidad originaria de una cierta región, como por ejemplo los aymara, los incas, los guaraníes, los mapuches y los aztecas son algunos de los pueblos indígenas que existieron o existen en el territorio americano.

Es habitual que los indígenas sean una minoría dentro de los Estados nacionales actuales. Estos estados están generalmente regidos por pautas políticas, económicas, religiosas y culturales de tipo europeo, fruto de la colonización y del imperialismo de épocas anteriores. Los pueblos indígenas, de todas formas, se esfuerzan por mantener sus tradiciones y costumbres aun cuando, ante los ojos de los descendientes de europeos, parezcan exóticas.

En la actualidad siguen existiendo una gran cantidad de pueblos indígenas:

En la actualidad, según los datos ofrecidos por la ONU (Organización de Naciones Unidas), existen un total de trescientos millones de personas que forman parte de un pueblo indígena y que viven como tal. En concreto, hay unos cinco mil pueblos de esta tipología. (Pérez & Merino, 2010, p. 47)

Según Pérez y Merino, (2010) América es el continente donde existen más pueblos indígenas; por otro lado, en Oceanía, Asia y Europa también existen pueblos indígenas que, lamentablemente, se encuentran absolutamente marginados y que requieren, que algunas instituciones y colectivos se aboguen por defender sus derechos y deberes. Históricamente, los pueblos indígenas han sido explotados, discriminados y marginados, al inicio eran esclavizados y convertidos al cristianismo por la fuerza, arrasando con sus costumbres ancestrales. En la actualidad, los pueblos indígenas siguen sufriendo vulneraciones a sus derechos, como expropiaciones de sus tierras ancestrales.

En el ámbito internacional la definición de pueblo indígena no tiene un significado uniforme, su definición se elabora a partir del contexto y circunstancias de cada Estado, por lo que el concepto es flexible y subjetivo, y atiende a diferentes criterios como la lengua materna, los lazos familiares y la autoidentificación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) ha establecido que, si bien no existe un concepto único en el derecho internacional, hay elementos que guían hacia una aproximación, los cuales son:

- a) Que sean descendientes de las poblaciones que habitaban antes de la conquista o el establecimiento de fronteras, y que, además, conserven sus instituciones, económicas, sociales y políticas o parte de ellas.
- b) Que sean conscientes de su identidad indígena, es decir, su derecho a la autodeterminación.
- c) Conexión territorial.

- d) Que hayan sufrido en algún momento algún tipo de discriminación o exclusión. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 10-11)

1.2.2. Definiciones y diferencias entre los pueblos indígenas y tribales y las comunidades campesinas y nativas

Tabla 04

Análisis comparativo entre pueblos indígenas y tribales y las comunidades campesinas y nativas.

Pueblos indígenas.	Pueblos tribales.	Comunidades campesinas.	Comunidades nativas.
Pérez y Merino M, (2010)	Pérez y Gardey, (2010)	Legislación ambiental, (s.f).	Legislación ambiental, (s.f).
La noción de pueblo indígena, está vinculada a la comunidad originaria de una cierta región.	Tribal o tribual es un adjetivo que señala a aquel o aquello perteneciente o relativo a una tribu. Una tribu, por otra parte, es una agrupación de un pueblo antiguo o un grupo social de un mismo origen, ya sea real o supuesto.	Son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y	Tienen origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto; características culturales y sociales; y

existen en el territorio americano.	culturales expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.	tenencia y usufructo común y permanente de territorio con asentamiento nucleado o disperso.
-------------------------------------	--	---

Elaboración: Propia.

Fuente: Pérez y Merino, (2010); Pérez y Gardey, (2010)

1.2.3. Protección de los pueblos indígenas en el orden nacional e internacional:

La Asamblea General de Naciones Unidas, (2007) aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta Declaración reconoce los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo su derecho a la libre determinación y los derechos a sus tierras, territorios y recursos naturales. Con este tratado se reconoce internacionalmente por primera vez los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pero esto no es suficiente, los Estados lo tienen que poner en práctica y deben contribuir a la mejora de la vida de estos pueblos en todo el mundo.

Se han establecido mecanismos para la protección de los pueblos indígenas, como la consulta previa, el reconocimiento de sus tierras y el reconocimiento de su personalidad jurídica. (Burger, s.f, p. 213)

Se puede argumentar que los derechos colectivos de los pueblos indígenas son necesarios para proteger los derechos individuales de sus miembros. Esto se ilustra con mayor claridad en relación con las tierras y recursos de los pueblos indígenas que, según la costumbre, se utilizan basándose en la confianza de la comunidad en su potencial uso por las generaciones futuras. Mientras que, en la mayoría de las culturas indígenas, hay prácticas que permiten el uso exclusivo de las personas, familias o clanes de determinados terrenos y recursos para el cultivo o cualquier otro uso, estos no pueden ser objeto de desposesión de los pueblos indígenas en su conjunto.

La Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007) establece que: “los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y que los individuos indígenas tienen derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos”. Esta Declaración hace un llamamiento para que los Estados adopten medidas especiales para proteger los derechos de los pueblos indígenas.

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

El derecho a la libre determinación o autodeterminación es un derecho de carácter colectivo perteneciente a todos los miembros de una comunidad indígena como grupo, y debe ejercerse de conformidad con los principios de justicia, democracia, respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena

gobernanza y buena fe. El derecho a la autodeterminación es universal, inalienable e indivisible. Mientras que todos los derechos de la Declaración se entienden que tienen la misma condición, el derecho a la libre determinación es visto como un derecho fundamental, sin el cual los demás derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto colectiva como individualmente, no pueden ser plenamente disfrutados. (Anaya, 2009, citado en Burger, s.f., p. 223)

La Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007) establece en su artículo 8 que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la toma de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos y costumbres, así como a mantener y desarrollar su propia toma de decisiones. Asimismo, su artículo 9 establece que las consultas con los pueblos indígenas deben llevarse a cabo de buena fe y con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

El concepto de desarrollo del respeto de su cultura e identidad reconoce que los pueblos indígenas puedan evaluar el bienestar de sus comunidades y el uso apropiado de sus tierras, territorios y recursos de una manera que es diferente de las comunidades no indígenas.

En la legislación nacional, se tiene a la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) la cual tiene por objeto establecer 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, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad.

Asimismo, el artículo 4 de dicha Ley, establece que el Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos:

- a) Proteger su vida y su salud desarrollando prioritariamente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles.
- b) Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado.
- c) Proteger su cultura y sus modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad.
- d) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida.
- e) Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia.
- f) Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria. (Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, 2006)

1.2.4. ¿A quiénes se les considera pueblos indígenas en el Perú?

La Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, (2002) estipula que:

Los pueblos indígenas son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos (artículo 2°, literal a).

Asimismo, la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), establece en su artículo 2 que los pueblos indígenas son: “aquellos que tienen una cultura propia, están asentados en un área de tierra dentro del estado peruano”. Sin embargo, estos pueblos se encuentran desprotegidos, ya que en ocasiones el estado no llega a estos pueblos, siendo vulnerables en muchos sentidos, es responsabilidad del estado peruano, velar por sus derechos y protección.

Por otro lado, en la doctrina encontramos que:

Las normas peruanas han establecido una definición legal general y nombres y definiciones legales específicas para los Pueblos Indígenas. A pesar que en las normas peruanas los Pueblos Indígenas pueden ser llamados con diferentes nombres, eso no cambia su naturaleza como pueblo ni sus derechos colectivos. (Camero & Gonzales, 2018, p. 17)

1.2.5. Protección de sus derechos Civiles y Políticos.

La Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), establece en su artículo 4 los derechos de los miembros de los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial, señalando que, el Estado garantiza los derechos de estos pueblos, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos:

- a. Proteger su derecho a la vida y su derecho de salud, desarrollando especialmente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles. Por ser pueblos en aislamiento y contacto inicial, son susceptibles a contraer enfermedades por el simple contacto con personas externas, se debe entender que estas personas son muy vulnerables desde una perspectiva sanitaria y biológica.
- b. Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad civil y con el propio Estado. Es derecho de los PIAVCI decidir si desean tener contacto con personas del exterior (personas que no forman parte de su pueblo), sin embargo, muchas veces ese derecho es vulnerado, sobre todo en la zona de la selva, por diferentes actividades como la minería ilegal o narcotráfico. (Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, 2006)

1.2.6. Protección de sus derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) establece en su artículo 4, que el Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos:

- c. Proteger su cultura y sus tradiciones, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat y su territorio como elemento constitutivo de su identidad. Las tradiciones son parte de la historia del Perú, es responsabilidad del Estado protegerlos.
- d. Reconocer su derecho a poseer las tierras y territorios que ocupan, restringiendo el ingreso de personas externas a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida. Sin embargo, la ilegalidad en ocasiones vulnera este derecho, quedando los pueblos indígenas desprotegidos, se puede observar en ocasiones como la minería ilegal, atenta contra los derechos de estos pueblos, quedando vulnerable frente a poderes económicos y políticos.
- e. Garantizar el acceso libre, uso de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia.
- f. Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria. (Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, 2006)

1.2.7. Especial protección a los niños, niñas y mujeres indígenas:

Los pueblos indígenas son considerados poblaciones vulnerables y como se ha visto a lo largo de este capítulo, los niños, niñas, adolescentes y las mujeres, en ciertas circunstancias, también son considerados vulnerables, razón por la cual muchos autores consideran que se les debe dar el mismo tratamiento, es decir, que los niños, niñas, mujeres y hombres de un pueblo indígena, tienen los mismos derechos la protección debe ser igual ante todos, así tenemos que:

Todos los miembros de un Pueblo Indígena o de una Comunidad Campesina o Nativa, es decir las mujeres, los varones, los niños, las niñas, los jóvenes y los ancianos tienen los mismos derechos. Todas las personas integrantes de estos pueblos deben ser escuchados y atendidos. Respetar y cumplir estos derechos es una obligación de todos los miembros de los Pueblos Indígenas y de sus comunidades, y también del Estado y de la sociedad. (Camero & Gonzales, 2018, p. 21)

1.3. PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL (PIAVCI):

1.3.1. ¿Qué es un Pueblo Indígena en Aislamiento Voluntario?

Se tienen múltiples definiciones, pero en el ámbito internacional, se ha establecido que:

Pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo. También pueden ser pueblos o segmentos de pueblos previamente contactados y que, tras un contacto intermitente con las sociedades no indígenas han vuelto a una situación de aislamiento, y rompen las relaciones de contacto que pudieran tener con dichas sociedades. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 4)

Lo que argumenta la CIDH, es que los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, optan por esta condición, porque para ellos es mejor estar en situación de no contacto para beneficio de sus habitantes o como mecanismo de supervivencia, teniendo una perspectiva de la vida y sociedad muy diferente a la mayoría, las cosas materiales no son relevantes para ellos, el dinero no es sinónimo de desarrollo, pero si sus recursos naturales y sostenibilidad en el tiempo.

1.3.2. ¿Qué es un Pueblo Indígena en Contacto Inicial?

De la misma manera, como en el punto anterior, en el ámbito internacional se ha establecido que:

Son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que mantienen un contacto intermitente o esporádico con la población mayoritaria no indígena, por lo general referido a aquellos que han iniciado un proceso de contacto recientemente. No obstante, se advierte que “inicial” no debe entenderse necesariamente como un término temporal, sino como una referencia al poco grado de contacto e interacción con la sociedad mayoritaria no indígena. Los pueblos indígenas en contacto inicial anteriormente fueron pueblos en aislamiento voluntario, que, por alguna razón, voluntaria o no, entraron en contacto con miembros de la población envolvente, y aunque mantienen un cierto nivel de contacto, no conocen plenamente ni comparten los patrones y códigos de interrelación social de la población mayoritaria. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 05)

1.3.3. Libre autodeterminación de los pueblos:

Los pueblos indígenas son parte importante de cualquier Estado y contribuyen a construir un país y a la sostenibilidad ambiental, de hecho, son los guardianes de la naturaleza; pero ¿qué pasa cuando ellos no pueden vivir bajo sus propias normas y sistemas políticos? Peligra su derecho de crear y defender su identidad distinta, por lo que no se asegura la supervivencia colectiva y cultural de los pueblos indígenas (Medina, 2017)

Es por esto que surge el derecho a la autodeterminación o también conocida como a la libre determinación de los pueblos, este es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente sin

injerencias externas. Los pueblos indígenas también tienen derecho a la Autonomía, es decir, tienen derecho definir sus propias leyes o normas de vida, ya sean escritas u orales.

Algunas resoluciones de la ONU hacen referencia a la Autodeterminación de los pueblos, que es un principio fundamental para el derecho internacional público, por ejemplo: Como indica Medina, (2017) la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales establece que: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Posteriormente, la ONU, (1970) señaló en su Resolución 2625 que:

En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta. (Organización de las Naciones Unidad, 1970, p. 17)

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (1976) como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1976) establecen en su artículo 1 que:

- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
- Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica

internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

- Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976)

En la Declaración de las Naciones Unidas para los derechos de los Pueblos Indígenas (2007), se estipula que:

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

Artículo 4: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. (Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007)

En la doctrina se señala que el derecho a la autodeterminación puede expresarse por medio de:

- Autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, asimismo, buscar la manera de autofinanciarse, es decir, los pueblos indígenas buscan su autogestión.
- Respeto por el principio de consentimiento previo, libre e informado, lo que implica que no haya ningún tipo de intimidación, manipulación

o coacción en contra de los pueblos y que el consentimiento haya sido buscado con una antelación razonable a cualquier autorización o inicio de actividades y, por último, que se otorgue una información plena y comprensible con respecto al impacto que se pudiera ocasionar producto de esa actividad.

- Que exista una participación por parte de los pueblos indígenas en cada etapa de todos los actos o medidas que pueda afectarles directa o indirectamente. La participación de los pueblos indígenas se puede dar a través de sus autoridades tradicionales o de una organización representativa.
- Se debe realizar una consulta con los pueblos indígenas involucrados, ante cualquier actividad que pueda afectarles, ya sea de forma directa o indirecta. La consulta asegura que sus intereses y preocupaciones sean compatibles con las medidas que se desean tomar.
- Reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos, y modos de organización sociopolítica. (Medina, 2017, párr. 18)

Para que se garantice el derecho de autodeterminación, “los pueblos indígenas deben de determinar sus propias instituciones, participar en la vida política y económica de las naciones, usar sus propios sistemas de representación, decidir sus propias prioridades para el desarrollo de sus territorios y recursos naturales” (Medina, 2017, párr. 21).

1.3.4. Principio de no contacto.

Es la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a la libre determinación. Una de las razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 10)

El ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha señalado que:

Se debe respetar el principio de no contacto, lo que implica implementar una política pública que proteja sus espacios vitales y les preserve de presiones por parte de empresas extractivas, la tala ilegal de madera, y el asentamiento no autorizado en el área. (Anaya, 2013, párr. 10)

Como los PIAVCI han decidido mantenerse en aislamiento, el principio de no contacto, se traduce como el respeto a su decisión de no mantener relaciones con otros pueblos indígenas o personas no indígenas.

1.3.5. Zona de intangibilidad.

Tierras delimitadas por el Estado peruano, de intangibilidad transitoria, a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, en tanto mantengan tal situación, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos.

1.3.6. Directrices nacionales e internacionales para su protección:

En el Perú los instrumentos legales nacionales son la Constitución Política del Perú, (1993) y sus normas de desarrollo como leyes, decretos supremos (que suelen aprobar reglamentos y otras disposiciones), ordenanzas, directivas, resoluciones, etc. Los instrumentos legales nacionales están agrupados en niveles según su jerarquía. (Camero Berríos & Gonzales Icaza, 2018, p. 25)

Para entender mejor cómo se agrupan y la jerarquía de las normas, puede verse la Figura 1.

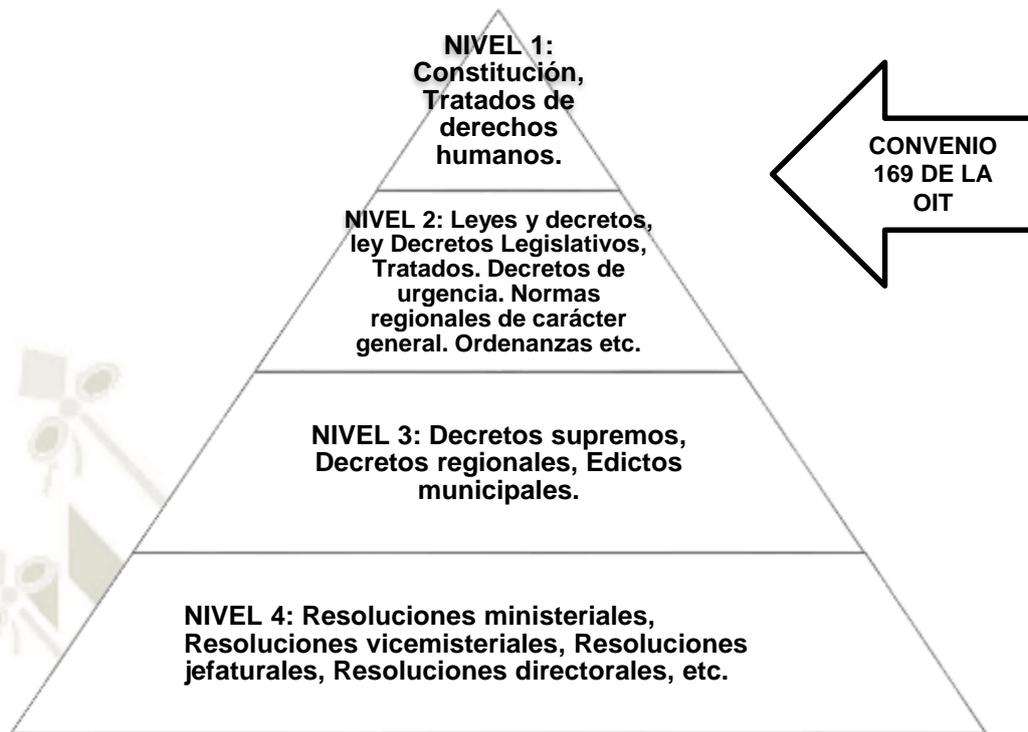


Figura 1. Instrumentos legales Nacionales del Perú según su jerarquía.

Fuente: Camero y Gonzales, (2018)

Elaboración: Propia.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

<i>INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS PARA REGULAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS</i>			<i>INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS PARA DERECHOS INDÍGENAS</i>	
Ley general de Comunidades Campesinas. Ley 24656 (año 1987) y su reglamento (año 1991)	Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de	Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originario	Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u	Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos

Selva- Decreto Ley 22175 (año 1978) y su reglamento (año 1979)	s en Situación de Aislamiento y Situación de Contacto Inicial – Ley 28736 (año 2006) y su reglament o (año 2007)	Originario s, reconocido en el Convenio 169 OIT, Ley 29785 (año 2011) y su reglamento (año 2012)	de los Pueblos Indígenas Vinculados a los recursos Biológicos. Ley 27811 (año 2002)
--	--	--	--

Figura 2. Instrumentos Específicos para Regular a los Pueblos Indígenas

Fuente: Camero y Gonzales, (2018)

Elaboración: Propia.

INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS SOBRE TIERRAS Y RECURSOS NATURALES



Ley 26821, Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos	Ley 28611 ,Ley General del Ambiente – (año 2005)	Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas (1997) y	Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (2011) y	Normas sobre titulación de tierras (cartilla 3)
--	--	---	---	---

Naturales (1997)		su Reglamen to (2001)	sus Reglament os (2015)	
---------------------	--	-----------------------------	--------------------------------	--

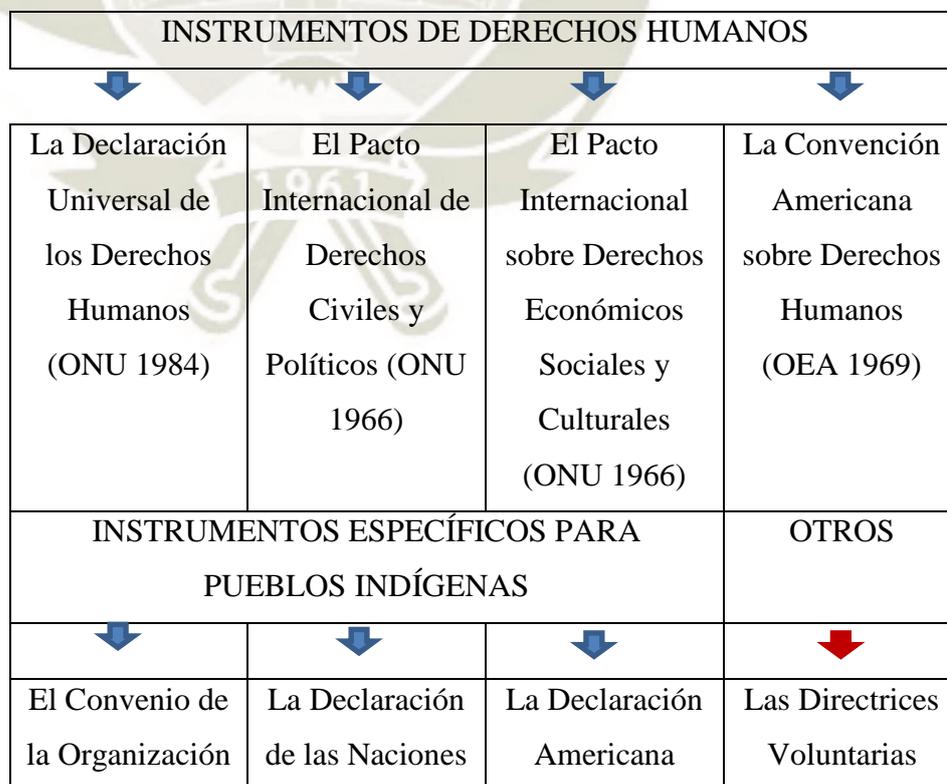
Figura 3. Instrumentos legales que protegen a los pueblos indígenas.

Fuente: Camero y Gonzales, (2018)

Elaboración: Propia.

Los instrumentos legales internacionales que reconocen y protegen los derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú pueden agruparse en dos: Instrumentos internacionales que protegen sus derechos humanos generales. Instrumentos internacionales que protegen sus derechos colectivos específicos. En la Figura 2 se muestran los instrumentos legales internacionales que protegen los derechos humanos y específicos de los Pueblos Indígenas. (Camero Berríos & Gonzales Icaza, 2018, p. 24)

INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES



Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT 1989)	Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU 2007)	sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA 2016)	sobre la Gobernanzas Responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (FAO 2012)
---	---	--	--

Figura 4. Instrumentos legales internacionales que protegen a los pueblos indígenas.

Fuente: Camero y Gonzales, (2018)

Elaboración: Propia.

Los derechos de los pueblos indígenas, incluidos los pueblos en aislamiento y en contacto inicial, son objeto de protección por parte los instrumentos internacionales de derechos humanos, como cualquier persona. Por lo tanto, se cuenta con un primer marco jurídico de derechos humanos genérico, centrado en los instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos OACNUDH, 2012, p. 09)

En este contexto, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás

miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

Además de los derechos establecidos en el artículo 27 del Pacto, aplicables a los pueblos indígenas, incluidos los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, existen otros derechos como el derecho a la vida, a la salud o la autodeterminación igualmente reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

1.3.7. Derecho de propiedad sobre sus tierras y territorios:

Según Camero y Gonzales, (2018) el derecho al territorio indígena es un derecho colectivo reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) y en otras normas internacionales, que implica tener el reconocimiento y protección de la totalidad de hábitats de las regiones que ocupan o utilizan, así como el reconocimiento de las formas de administrar o de usar la tierra, según los conocimientos propios de los pueblos. El derecho al territorio indígena reconoce: La propiedad y la posesión sobre las tierras que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. La utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en el territorio indígena. La relación especial que los Pueblos Indígenas tienen con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente ha poseído u ocupado y utilizado.

Es el derecho de los Pueblos Indígenas a tener y usar un espacio de tierra donde puedan cultivar sus chacras, criar sus animales, construir sus viviendas y realizar las actividades propias según sus tradiciones. Según las normas internacionales, este derecho debe reconocerse y formalizarse a través de los procedimientos de reconocimiento y adjudicación de tierras acorde con el ordenamiento jurídico de cada Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2012) ha establecido en su jurisprudencia en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, que 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 ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad (p. 67).

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. En el entendimiento de la Corte, la propiedad comunal recae no sólo en el territorio, en su aspecto físico, sino que abarca también el derecho de los pueblos indígenas a gozar libremente de su propiedad y de los recursos naturales que allí se encuentran, conforme a sus tradiciones y costumbres.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2012) ha señalado que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención (derecho de propiedad). Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas (p. 78-79).

CAPÍTULO II

2. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE ESTUDIO

2.1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL, LEY N° 28736 Y SU REGLAMENTO DECRETO SUPREMO N° 008-2007-MIMDES, MODIFICADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 008-2016-MC.

La Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), en su artículo 1 señala que el “objetivo es establecer el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonia Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial”; en el artículo 3, se establecieron pautas genéricas para el reconocimiento de pueblos indígenas; mediante Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura (2010), modificado mediante Decreto Legislativo N° 1255, Decreto Legislativo que Modifica la Ley N° 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, (2016), dicho organismo ejerce, a través del Viceministerio de Interculturalidad, la función de promover y garantizar el sentido de la igualdad social y respeto a los derechos de los pueblos del país.

Dicho esto, es responsabilidad del Ministerio de Cultura proteger la existencia e integridad de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial; por lo que, una de las herramientas para cumplir este objetivo debería ser tener un registro actualizado de dichos pueblos.

El problema es que las zonas donde se encuentra ubicados dichos pueblos, existen recursos respecto de lo que otros quieren apropiarse, es por ello que el Ministerio de Cultura debe prevenir los contactos no deseados, y emitir opinión técnica previa vinculante a las actividades de exploración y explotación de recursos naturales en las reservas indígenas.

Es responsabilidad del Ministerio de Cultura realizar las sanciones administrativas y penales, hacia las personas que violen los derechos de los pobladores indígenas, así como la violación de su territorio, infringiendo la Ley y su Reglamento.

En el artículo 8 se explica qué se debe coordinar e intercambiar información, según sea el caso, con las entidades del Estado, uno de los más importantes es el de salud, ya que al ser pueblos aislados y de contacto inicial, son más vulnerables a contraer enfermedades, si su territorio es invadido.

En su artículo 9 se establece la participación de la sociedad civil, señalando que esta también debería participar en la consecución de los objetivos de la Ley y el Reglamento, sin embargo, muchos desconocen la importancia de estos pueblos.

El artículo 10 señala que los estudios previos de reconocimiento de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, ubicados en reservas indígenas, está a cargo de los profesionales mencionados en el artículo 11, en la cual se enumera a los miembros que formaran parte de la Comisión Multisectorial encargada de ver los asuntos de los PIAVCI.

En el Artículo 13, se desarrolla el Funcionamiento de la Comisión Multisectorial, En el cual los acuerdos se adoptan mediante voto favorable de la mitad más uno de los asistentes. En caso de empate, el Presidente de la Comisión Multisectorial tiene voto dirimente.

En el Artículo 15, describe que el contenido del estudio previo de reconocimiento debe contener un análisis antropológico, de la zona de influencia, relaciones, parentescos, evidencias físicas, con un periodo de registro no mayor de tres años, el Estudio Previo de Reconocimiento debe identificar al pueblo e indicar un estimado de su población y de las tierras que habitan.

En el Artículo 20, se establece que la Comisión Multisectorial por intermedio del VMI solicitará las opiniones técnicas y estrategias de intervención del gobierno

regional en cuya circunscripción se encuentre la reserva indígena y de los Sectores a los que se hace referencia en el inciso b) del artículo 3 de la Ley, cuando corresponda.

En el Artículo 24 se garantiza la protección de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial; en el Artículo 26 se establece que el Estado, a través del MC, garantiza el derecho a la libre decisión de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial para mantener tales condiciones.

El Artículo 27, explica que las reservas indígenas son espacios geográficos delimitados por el Decreto Supremo de categorización, donde habitan pueblos en situación de aislamiento y/o en situación de contacto inicial.

En el Artículo 32, se habla sobre la protección de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, y la prohibición de ingreso a la reserva indígena es para cualquier persona que no pertenezca a los pueblos beneficiados, así como a los habitantes de otros pueblos indígenas o comunidades nativas.

Artículo 35, establece el aprovechamiento de recursos por necesidad pública, señalando que 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 opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a Ley. La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones que correspondan.

Siempre existirán conflictos, sin embargo, lo que debe de prevalecer es el derecho de los miembros de este pueblo, a continuación, se podrá ver un artículo muy interesante llamado “Concesiones forestales versus pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial”, elaborado Ruiz y Quispe, (2017).



PUBLICADO: 2017-10-06

[Recomendar 165](#)

[Twitter](#)

Juan Carlos Ruiz Molleda y Maritza Quispe Mamani

¿Qué hacer cuando hay un conflicto entre concesiones forestales y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial (PIAVCI)? ¿Deben prevalecer las concesiones forestales que obtuvieron derechos adquiridos antes de la creación de la reserva, o debe protegerse pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, declarando nulas las concesiones forestales que se superponen al territorio de los PIAVCI en protección de estos últimos?

Esta pregunta se la hicimos a la actual responsable de la Dirección de PIAVCI del Ministerio de Cultura (Mincu), Lorena Prieto, en la reunión del Grupo de Trabajo sobre PIAVCI convocado por la congresista Tania Pariona, realizada en el Congreso de la República el pasado miércoles 5 de octubre. Le preguntamos en concreto si puede haber concesiones forestales en territorio donde hay PIAVCI. Le preguntamos cuál es la posición institucional, toda vez que estas concesiones forestales caducan recién en 25 años, y la explotación de estas concesiones genera una grave amenaza, cierta e inminente en contra de los PIAVCI.

Y su respuesta fue sorprendente. Dijo que era un tema muy complicado y complejo, pues si bien existía el principio de intangibilidad del territorio

ancestral y de no contacto, había derechos adquiridos de los titulares de las concesiones forestales que no podían dejarse de reconocer. Esta respuesta no nos hubiera sorprendido, si hubiese sido vertida por algún funcionario de Serfor o del Minem, pero que la responsable actual de la protección los PIAVCI, diga que no la tiene clara dice mucho de cómo marchan las cosas en su sector.

1. El caso de la Reserva Territorial Madre de Dios

En Madre de Dios, Fenamad y Aidesep vienen exigiendo crear y ampliar áreas de protección a pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial (PIAVCI), pero Sernanp se opone pues dice que prevalecen las concesiones forestales pues son anteriores. Lo curioso es que según nuestras fuentes, el Ministerio Cultura (Mincu), encargado de proteger a los PIAVCI, ha sostenido, que hay que esperar que estas caduquen en 25 años. Es decir, Mincu solo atina a decir que no se renueven estas concesiones forestales, invocando todos ellos derechos adquiridos de los titulares de las concesiones mineras, por más que ponen en peligro la vida, la salud y la integridad física, en definitiva la subsistencia o la extinción de estos pueblos. Al final, el Mincu también termina actuando en respaldo de las concesiones forestales.

8. La Corte IDH ha establecido la obligación de revisar las concesiones que se oponen a los derechos de los pueblos indígenas

En el Sistema Interamericano existe un precedente a favor de los pueblos indígenas que se aplica a los PIAVCI. Así, la Corte IDH en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Paraguay, ordenó al Estado de Paraguay que: "Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 101, 115, 129-137, 143, 147, 155, 157, 158 y 194(a) de esta Sentencia". En dichos párrafos, la Corte IDH establece medidas y garantías que debe observar el Estado a favor de los pueblos indígenas como su acceso a la participación, la forma de llevar a cabo la consulta y los procedimientos que deben ejecutar los Estados para que esta sea cumplida de manera efectiva.

La consecuencia es evidente. La seguridad jurídica no puede ser invocada para justificar violaciones a los derechos humanos, debiendo revisar las concesiones pasadas, cuando exista violación de derechos de pueblos indígenas.

Figura 5. Concesiones forestales versus pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Fuente: Ruiz y Quispe, (2017)

Artículo 40.- Áreas naturales protegidas y pueblos en aislamiento y contacto inicial. - El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP deberá solicitar la opinión técnica al VMI antes de poder categorizar áreas naturales protegidas, dentro de las cuales se presume que exista uno o varios pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIAVCI). Si se pudiera comprobar la existencia de pueblos en aislamiento y contacto inicial al interior de áreas naturales protegidas, el VMI es la máxima autoridad que garantiza la protección de estos pueblos de acuerdo a Ley y al Reglamento, debiendo el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP coordinar previamente cualquier acción a

ejecutar. (Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, 2007)

Artículo 43.- Plan de Protección. - A fin de coordinar las acciones del Régimen Especial Transectorial y del Comité de Gestión de Protección, el MC a través del VMI, a los sesenta (60) días naturales de publicado el Decreto Supremo que asigna la categoría de la reserva indígena, publicará un Plan de Protección para la reserva indígena en el Diario Oficial El Peruano, en la cual se señalaran las funciones de cada sector, institución u organización, así como la forma de participación de la sociedad civil que puedan estar interesados en ayudar con la protección de la reserva de ,los PIAVCI, por lo cual, podrán suscribir un convenio de cooperación con el MC. (Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, 2007)

Lo descrito en el Artículo 40 y 43, es probable que no se cumpla, ya que, existen indicios en que el Estado no se hace responsable de sus deberes, a continuación, un Artículo relacionado al tema de Sputnik, (2019).



LIMA (Sputnik) — El Ministerio de Cultura de Perú se opone a los intereses de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial (PIACI) al exigir a la justicia que declare improcedente una demanda interpuesta por el Instituto de Defensa Legal (IDL) en salvaguarda de esos indígenas, dijo a Sputnik la abogada Maritza Quispe.

"En 2017 se presentó una demanda constitucional de cumplimiento contra el Ministerio de Cultura sobre dos artículos del Reglamento de la Ley de los PIACI, que fue admitida por la justicia, pero que el ministerio apeló cuando debería ser el primero en proteger los intereses de estos grupos humanos", denunció la abogada.

La demanda del IDL exigía que se cumplieran los artículos 16 y 24 de dicho reglamento.

El artículo 16 establece la obligación del Ministerio de crear, en un plazo que puede ser extenso, áreas protegidas donde los PIACI puedan vivir sin contacto con la civilización occidental.

El artículo 24 estipula que, mientras dure ese largo proceso, el Estado está en la obligación de establecer "medidas idóneas" para la protección de los PIACI, lo que incluye particularmente la prohibición de otorgar concesiones de explotación para proyectos forestales (tala), petroleros o mineros dentro de las zonas donde haya evidencia razonable de la existencia de estos grupos.



Además: Los hablantes de lenguas indígenas de Perú aumentan en medio millón en una década

En diciembre del año pasado, el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima ordenó al Estado a cumplir con esta demanda, en lo que constituyó un "suceso histórico" pues nunca la justicia se había pronunciado a favor de los PIACI, según Quispe.

En ese fallo, la justicia ordenaba, entre otras cosas, que se anularan las concesiones otorgadas en las zonas con potencial de ser áreas protegidas.

La abogada estimó que los PIACI ubicados en la Amazonía peruana, que se extiende de norte a sur en toda la zona oriental del país, deben rondar unas 26 comunidades, 20 en aislamiento voluntario y seis en contacto inicial, aunque por sus modos de vida es difícil determinar cifras exactas.



© CCD / PIXABAY / KOLIBRIS

¿Viajas a Perú? Conoce 10 frases en quechua que te ayudarán

"Los pueblos en aislamiento son aquellos que decidieron alejarse y no tener ningún tipo de contacto con nosotros (la civilización occidental); los de contacto inicial son aquellos que iniciaron su contacto, pero que siguen siendo vulnerables", explicó.

La vulnerabilidad está ligada, principalmente, al hecho de que sus sistemas inmunológicos no están desarrollados para resistir los virus y bacterias presentes en la cultura occidental, por lo que un simple resfrío común podría ser una amenaza mortal para su salud.

El ministerio apeló la sentencia aduciendo que se estaban realizando los estudios para establecer las áreas protegidas -afirmación que la abogada consideró falsa- pero también solicitando su nulidad.

"El Código Procesal Penal señala que quien interpone un recurso de nulidad

es el afectado de la decisión que pueda emitir un juez, en este caso el afectado tendría que ser el Ministerio de Energía y Minas o Perupetro (empresa estatal de derecho privado encargada de los contratos de explotación petrolera) por tratarse de concesiones", dijo Quispe.

La abogada consideró un "absurdo" que el Ministerio de Cultura se erigiera como parte afectada, cuando debería ser legalmente lo contrario.

Por otro lado, la apelación tiene un efecto inmediato y adverso para los PIACI, según Quispe.



Indígena peruano

© AP PHOTO / SEBASTIAN CASTAÑEDA

Gobierno peruano reconoce oficialidad de alfabeto de la etnia indígena asheninka

"Como el Ministerio de Cultura ha apelado, el juez ha aceptado la apelación con efecto suspensivo, lo que quiere decir que se suspende la sentencia hasta que no se resuelva la apelación y mientras tanto van a seguir otorgándose concesiones como lo vienen haciendo", explicó la representante de IDL.

Solo entre 2017 y 2019 se otorgaron 47 concesiones de explotación forestal en la Amazonía, en zonas donde hay indicios razonables de presencia de PIACI, según Quispe.

El 19 de junio se celebrará una nueva audiencia en la que el IDL exigirá la nulidad de la apelación y la reubicación de las concesiones otorgadas en territorios vulnerables.

La decisión definitiva de la causa puede tardar mucho tiempo, el suficiente para que se otorguen más concesiones o avance la explotación de las ya existentes en desmedro de los PIACI, lamentó la abogada.



Figura 6. ONG acusa a Ministerio de Cultura de Perú de atentar contra intereses de pueblos indígenas.

Fuente: Sputnik, (2019)

2.2. ANÁLISIS DE LAS DIRECTRICES INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL:

El 16 de diciembre de 2005 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un proyecto de Programa de Acción para el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, en el cual se hacen dos recomendaciones específicas relativas a pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

- Establecer un mecanismo a nivel internacional encargado de supervisar la situación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que corren peligro de extinción.
- Establecer un marco de protección especial para todos los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, asimismo, asegurarse que los gobiernos establezcan políticas especiales para

asegurar la protección y los derechos de los pueblos indígenas que tienen pequeñas poblaciones y corren riesgo de extinción. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos OACNUDH, 2012, p. 04)

Las directrices tienen como objetivo servir como guía de referencia para los diferentes actores que trabajan con pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial en América del Sur, pretendiendo servir como instrumento de ayuda para mejorar la contextualización.

“Las estimaciones los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Amazonía y el Gran Chaco constituyen unos 200 pueblos y alrededor de 10 000 personas habitando en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos OACNUDH, 2012, p. 05).

Los pueblos en aislamiento son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria, y que además suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo.

Para probar su existencia los Estados deberán realizar estudios previos de reconocimiento que incluyan análisis antropológicos con un periodo de registro de no mayor de tres años.

Los pueblos en contacto inicial son pueblos que mantienen un contacto reciente con la población mayoritaria, nunca han llegado a conocer con exactitud los patrones y códigos de relación de la población mayoritaria.

Sus características son:

- Son pueblos que están muy integrados en los ecosistemas.
- Son pueblos que desconocen parcial o totalmente el funcionamiento de la sociedad mayoritaria no indígena.

- Son pueblos altamente vulnerables, y que lamentablemente se encuentran en grave peligro de desaparecer.

Los gobiernos son los garantes de los derechos humanos de todas las personas que habitan al interior de sus territorios, incluidos los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, ya que se encuentran en extrema vulnerabilidad.

Crítica: El Estado peruano no garantiza los derechos humanos de todas las personas, en especial de las comunidades alejadas, las cuales tienen recursos atractivos para las transnacionales, como en el caso de la minería, en los medios de comunicación se ve en ocasiones, la vulnerabilidad de los derechos de estas personas, por intereses o poderes económicos y políticos.

Una manera de identificar a estos pueblos sería analizar su realidad en función de las características que han sido descritas anteriormente.

Las personas indígenas pertenecientes a los pueblos en aislamiento y en contacto inicial, deben gozar de todos los derechos humanos contenidos en los estándares internacionales, dichos derechos han de ser interpretados atendiendo a la particularidad del no contacto o del contacto reciente de estos pueblos, sin olvidar las amenazas o problemas que enfrentan. El respeto a sus estrategias de sobrevivencia física y cultural, según sus usos y costumbres, que puede comprender el aislamiento, como contactos y formas selectivas de convivencia, territorio y cultura.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT), adoptó el Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) en la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, el 27 de junio de 1989, reflejando un consenso tripartito (Gobierno, empleadores y trabajadores) sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el cual se fundamenta en:

- Respeto a las culturas.
- Respeto a la forma de vida.

- Derechos sobre su tierra.
- Derechos sobre sus recursos naturales.
- Derecho a decidir sus prioridades.

El Convenio N° 169 de la OIT, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) trata la situación de más de cinco mil pueblos indígenas y tribales, los cuales poseen idiomas, culturas, modos de sustento, y conocimientos diversos, que en muchos países sufren de discriminación y explotación laboral.

El objetivo de este Convenio es superar la discriminación que afectan a los pueblos indígenas y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas, por lo que los principios fundamentales de consulta previa y participación constituyen su piedra angular.

Lamentablemente, el Estado peruano en ocasiones movido por intereses económicos no respeta los derechos sobre la tierra de los pobladores, ni los derechos sobre sus recursos naturales.

2.2.1. Instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos:

“Existen diez principales tratados internacionales sobre los derechos humanos cada uno de estos tratados han establecido un comité de expertos encargados de supervisar la aplicación del tratado por los Estados Partes” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020).

Tabla 05

Tratados Internacionales

	Nombre del Tratado Internacional	Fecha	Órgano de supervisión
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	21 dic. 1965	CERD

ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 dic. 1966	CCPR
ICESCR	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	16 dic 1966	CESCR
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	18 dic 1979	CEDAW
CAT	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	10 dic 1984	CAT
CRC	Convención sobre los Derechos del Niño	20 nov 1989	CRC
ICRMW	Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	18 dic 1990	CMW
CED	Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas		CED
CRPD	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	13 dic 2006	CRPD
OP-CAT	Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	18 dic 2002	SPT
OP-CRPD	Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	12 dic 2006	CRPD

Fuente: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2020)

2.3. PRINCIPALES AMENAZAS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL:

2.3.1. El contacto:

El contacto de personas con los habitantes de los pueblos indígenas en

aislamiento voluntario y contacto inicial, conducen a situaciones desfavorables, dada su elevada vulnerabilidad a padecer dolencias infecciosas transmisibles y desarrollar cuadros clínicos graves y fatales, debido a la falta de inmunidad que poseen. Por otro lado, es imperativo respetar su territorio, sus recursos naturales como medio de subsistencia, su forma de vivir, sus derechos y su cultura.

Es primordial mantener el mínimo contacto con los habitantes de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, desde la perspectiva de la salud, ya que, si entran en contacto con otras personas, son más susceptibles a contraer enfermedades, que para ellos pueden resultar fatales.

2.3.2. Extracción de recursos naturales:

La principal amenaza para la supervivencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, es el aprovechamiento de recursos naturales, debido a que el área en el que ocupan su territorio es rica en recursos maderables, hidrocarburos y/o minerales, estando las mismas sometidas a presión por el Estado, como por las empresas de explotación de dichos recursos.

En el caso peruano el tema de minería ilegal, hidrocarburos y narcotráfico, son los temas más preocupantes en relación a las amenazas para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Lo más preocupante es que el Estado es el primero en no garantizar los derechos de estos pueblos, por presiones económicas y corrupción.

A continuación, se muestra un artículo referente a la minería ilegal en la selva peruana de Andina Agencia Peruana de Noticias, (2018).

andina
AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS

Lo último Actualidad Galería Canal Online Videos Especiales Perfiles

Identifican 110 áreas y 24 puntos de minería ilegal en Madre de Dios

Estudio "La Amazonía saqueada" advierte que actual extracción no se compara con ningún otro momento de la historia



18:11 | Lima, dic. 12.



Un estudio inédito revela que en la región Madre de Dios existen 110 áreas y 24 puntos de extracción no autorizados de minerales (minería ilegal), que constituyen una violación a los derechos humanos de las poblaciones aledañas y un atentado al medioambiente.

El estudio "La Amazonía saqueada", de la Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada (RAISG), abarca los ecosistemas selváticos de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú.

En total, se han identificado 2,312 puntos y 245 áreas de extracción no autorizada de minerales como oro, diamantes y coltán. Brasil concentra 132 áreas y 321 puntos; Venezuela, 1,899 puntos; Ecuador, 68 puntos; y Bolivia, 3 áreas.

Además, se identificaron 30 ríos donde se desarrolla la actividad minera o que sirven como ruta para la entrada de maquinarias e insumos o la salida de los minerales.

"Este departamento [Madre de Dios, en la selva sur peruana] es considerado como el sector de la Amazonía con la mayor degradación causada por la extracción de oro", refiere la investigación.

Camilo Guio, vicedirector de la Gaia Amazonas, sostiene que "estas actividades extractivas ilegales se caracterizan por su forma antitécnica e insostenible".

Se efectúan, principalmente, mediante balsas y dragas, que no solo tienen efectos ambientales sobre el lecho de los ríos, sino también la mala utilización del mercurio, lo cual genera daños a la salud de las poblaciones locales, especialmente a los pueblos indígenas.

Violación a los DD. HH.

"Los impactos de la minería ilegal ya se ven como graves violaciones a los derechos humanos. La contaminación del agua y la expulsión de pueblos indígenas en aislamiento voluntario son algunos indicios de los daños al bien común", precisa el estudio.

Además del impacto ambiental, existe un impacto cultural y económico en la perpetuación de la minería. No solo existe el costo de la pérdida de actividades de las poblaciones tradicionales, sino también la propia remediación de los sitios degradados.

El líder venezolano Agustín Ojeda expresó: "La minería ilegal nos puede llegar a matar. Los pozos mineros permiten la reproducción de mosquitos que traen enfermedades como malaria".

Figura 7. Identifican 110 áreas y 24 puntos de minería ilegal en Madre de Dios.

Fuente: Andina Agencia Peruana de Noticias, (2018)

2.3.3. Empresas Transnacionales:

En los últimos tiempos los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, han sido víctimas ante las atrocidades y atropellos sistemáticos a sus derechos humanos.

Las políticas, acciones e inacciones del Estado peruano han causado que mafias de sicarios madereros y grupos económicos petroleros sigan devastando impunemente los territorios indígenas, e incluso atenten derechos esenciales como la vida de las personas, principalmente de sus líderes, esto debido a que la amazonia del Perú posee una riqueza única en biodiversidad y ecosistemas.

El Estado peruano ha otorgado muchas concesiones de extracción de recursos naturales en la amazonia a grandes empresas, que lamentablemente ha provocado destrucción y contaminación, constantemente podemos observar en las noticias derrames de petróleo o minerales tóxicos en las aguas y tierras de la amazonia, donde se asientan los pueblos indígenas. Contaminado su única fuente de sustente. A continuación, mostrare un artículo respecto a la contaminación por actividad petrolera de Wayka, (2019).

Indígenas afectados por actividad petrolera reclamaron ante la CIDH

23 Sep. 2019 | Actualidad, Últimas Noticias



Por casi una hora, los relatores de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) escucharon a los dirigentes indígenas de Loreto afectados por metales pesados por las operaciones petroleras que han contaminado sus ríos y bosques, quienes denunciaron la falta de voluntad política del Estado peruano para atenderlos.

Además de la presencia de los dirigentes indígenas Iglor y Carlos Sandi, también estuvieron en la audiencia representantes del Ministerio de Salud, el Fondo Nacional de Ambiente y otras organizaciones no gubernamentales como la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), Perú Equidad, Oxfam, el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAA).

«La gente se está muriendo ahí, cuántas personas se están muriendo por falta de medicamentos. Lo que queremos es que se instale un programa de atención a metales pesados. Pedimos que la CIDH haga seguimiento y supervise al Estado», dijo Iglor Sandi, vicepresidente de la Organización de los Pueblos Indígenas Kichwas Amazónicos de la Frontera Perú Ecuador (OPIKAFPE).

Las declaraciones del dirigente indígena Iglor Sandi se basan en el Estudio Toxicológico y Epidemiológico realizado por el Ministerio de Salud y que corroboró los altos grados de arsénico y plomo con los que viven las comunidades indígenas que habitan cerca a las cuencas de los ríos Pastaza, Marañón, Tigre y Corrientes de Loreto, las cuales han sido contaminadas por los derrames y la actividad petrolera.

Por su parte, el presidente de la Federación de Comunidades de la cuenca del Corrientes (FECONACOR), Carlos Sandi, hizo saber a la CIDH la poca voluntad del Estado para atender a los afectados. "El Estado nos vulnera desde hace cinco décadas. En pleno siglo XXI, nos siguen contaminando, nos siguen matando. Los acuerdos que se están materializando son por exigencia de las federaciones y de los pueblos. No hay voluntad política del Estado para atender, esperan que las poblaciones se movilicen para que recién las escuchen", declaró.

La relatora de la CIDH, sobre los derechos de la niñez, Esmeralda Arosemena, preguntó a los representantes del Estado peruano sobre las estrategias para dar efectividad a los acuerdos entre los afectados. Los funcionarios del Ministerio de Salud, según algunos asistentes en la audiencia, no supieron responder.

Figura 8. Indígenas afectados por actividad petrolera reclamaron ante la CIDH.

Fuente: Wayka, (2019)

2.3.4. Enfermedades y epidemias:

La vulnerabilidad de los pueblos indígenas, pero en particular de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, frente a las enfermedades y epidemias no es una novedad, en efecto, la única forma de protegerlos cabalmente es garantizando un territorio libre

de amenazas externas, es decir, una zona de intangibilidad, que sea realmente seguro, fuera de actividades de cualquier tipo por parte de personas ajenas al pueblo indígena en aislamiento o contacto inicial. (Mongabay, 2018, párr 18).

Sin embargo, lograr esto es muy difícil en la realidad, por ejemplo, según lo señalado por el MINSA, (2017) en Perú, los Nahua se enfrentan a la contaminación por mercurio. En el 2014, se hallaron altos índices de este metal pesado en la orina de algunos de los habitantes de Serjali. En abril de 2016, el Ministerio de Salud se vio obligado a declarar una emergencia sanitaria y hoy los Nahua denuncian que hasta ahora no les han hecho un estudio de pelo, algo que recomendaba el MINSA.

La ineficiencia del Estado por abordar los temas de contaminación es preocupante, como se explica en el caso de los Nahua, es prioridad una reestructuración de procesos en el estado, de lo contrario no se podrá proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Entre las enfermedades que han causado epidemias se encuentran la gripe, tos ferina, hepatitis, malaria, tuberculosis, influenza, neumonía, sarampión, rubéola, varicela, polio, y otras enfermedades diarreicas y gastrointestinales. Asimismo, señalan que en Perú se documentó la epidemia sufrida por el pueblo Yora (Nahua) en 1983, cuando después de un contacto con madereros, integrantes de este pueblo se contagiaron de gripe y tos, y al volver a sus aldeas contagiaron a los demás integrantes. (Huertas & García, 2003, citados en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 68)

2.3.5. Terrorismo:

Este es un gran problema que enfrentas no solo los PIAVCI, sino, todos

los pueblos indígenas en general, los grupos terroristas mayormente utilizan la violencia y pueden cometer actos atroces contra estos pueblos como son el robo de ganado, desaparición de sus miembros, violaciones en contra de mujeres, niños y niñas, homicidios, llegando incluso al genocidio

Las comunidades asháninkas por ejemplo, se ven desprotegidas frente al crecimiento de la producción de cocaína en el VRAEM y el fortalecimiento de Sendero Luminoso.

Indígenas denuncian que cada vez ven más cultivos de coca en los alrededores y gente transportando droga. Por eso demandan una pronta titulación de sus territorios para protegerse de los invasores.

Los pobladores del pueblo indígena asháninka señalan que no es tan bonito viajar cuando piensas que te pueden matar. En la trocha que separa el Valle de Esperanza y Pangoa lo único que alumbran son las estrellas. Son unas cinco horas de camino casi a ciegas y hasta un inocente perro te asusta. Esta zona de la selva central es la parte baja del río Ene, el llamado Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), un lugar en el que lamentablemente, se vive en estado constante de emergencia desde hace décadas. Por los cultivos ilegales de hoja de coca y por la presencia del grupo terrorista Sendero Luminoso, que según la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), asesinó a más de 37 000 personas entre 1980 y el 2000. (Lo Lua, 2018, párr. 03)

El enfrentamiento en el Perú contra el terrorismo supuestamente culminó hace 2 décadas, sin embargo, aún se sigue luchando contra el narcoterrorismo, debido a que nuestro país es la principal fábrica de cocaína en el mundo y una de las tierras más idóneas para el cultivo de hoja de coca. Según las últimas cifras publicadas por la

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) solo en este valle se encuentra casi el 70 % de la producción peruana y alrededor del 15 % de la mundial. Cada hectárea puede llegar a tener más de 150 000 plantas, a diferencia de Colombia y Bolivia, donde crecen alrededor de 30 000. Estos tres países son los únicos que lo cultivan y su expansión es cada vez mayor. Solo en este valle se pierde un promedio de 30 hectáreas de bosques cada hora, afirman cifras de la Dirección de Ambiente y Recursos Naturales del sector Agricultura. Y en medio de este crecimiento desmedido, las comunidades asháninkas se ven acorraladas o, mejor dicho, olvidadas. (Lo Lua, 2018, párr. 19)

Crítica: Lo más preocupante en el caso del narcotráfico, es que existen indicios que las esferas de poder están relacionadas con el tráfico de drogas, sin embargo, la protección entre ellos hace difícil encontrar culpables y erradicarlos del poder, son más importantes sus intereses económicos que el bienestar de los pueblos.

2.3.6. Desastres naturales:

Los desastres naturales son eventos u fenómenos naturales como lluvias, sequías, terremotos, etc., que se convierten en desastres cuando superan un límite de normalidad. La mayoría de pueblos indígenas sufren los embates de la naturaleza debido al lugar donde se encuentran, como se señala a continuación:

El territorio que normalmente suelen ocupar los pueblos indígenas, como lugares constantes de residencia, son los más propensos a sufrir cambios climáticos, estas zonas son por ejemplo los bosques tropicales húmedos, las regiones polares, las montañas altas, las islas pequeñas, las regiones costeras y las tierras áridas y semiáridas. Los efectos del cambio climático o de un desastre

natural en una comunidad pobre que su medio de vida depende de su ecosistema, como por ejemplo recolección, caza, pesca, etc., pueden ser muy perjudiciales, pudiendo agotar su producción de subsistencia y suprimiendo una de sus redes de seguridad. Así, por ejemplo, la agricultura, de la que dependen muchos pueblos indígenas para su seguridad alimentaria y la satisfacción de sus necesidades de subsistencia, es uno de los sectores más sensibles al cambio climático. Estos cambios meteorológicos en su ecosistema tienen graves consecuencias para las culturas y los medios de vida de los pueblos indígenas de todo el mundo, dado que algunas de estas comunidades comparten una relación cultural y de supervivencia compleja con su entorno. (Oficina Internacional del Trabajo, 2018, págs. 11-12)

Los pueblos indígenas han combatido los desastres naturales por cientos de años, sin embargo, el cambio climático ha hecho que estos desastres sean cada vez más frecuentes y con mayor intensidad, trayendo consecuencias que se verán a continuación:

Un estudio llevado a cabo por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre el Ártico ha establecido que las poblaciones indígenas son particularmente vulnerables al cambio climático debido a su estrecha relación con la tierra, el mar y los recursos naturales y a su dependencia de los mismos para su bienestar cultural, social, económico y físico. De igual modo, un estudio reciente del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe observa que los cambios en los patrones de las precipitaciones y regímenes estacionales perjudican el calendario agrícola, afectan a los cultivos tradicionales y a la disponibilidad de frutos y animales silvestres, y aumentan la incidencia de las enfermedades del ganado, con graves consecuencias para la seguridad alimentaria, la salud y la identidad

cultural de los pueblos indígenas. (Oficina Internacional del Trabajo, 2018, p. 12)

2.4. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE ESTE TIPO DE PUEBLOS Y LA PRESERVACIÓN DE SU CULTURA Y TRADICIONES.

Uno de los legados más importantes y una de las más claras formas de diversidad son las lenguas indígenas, ya que la importancia es que representan un pasado ancestral; lamentablemente este legado cultural se está perdiendo poco a poco con la extinción de estas lenguas en distintas regiones, así, por ejemplo:

El quechua o quichua es una familia de lenguas originaria de los Andes centrales que se extiende por la parte occidental de Sudamérica repartidos entre hablantes en Perú, Bolivia, Argentina, Ecuador, Colombia y Chile. El aymara es la lengua del pueblo indígena americano de la región andina del lago Titicaca. La población hablante del aymara ocupa el occidente de Bolivia, el sur del Perú, el norte de Chile y el norte de Argentina. El náhuatl es una lengua azteca que se habla principalmente por los nahuas en México y en América Central. Cuenta con más de un millón de hablantes en México, quienes son mayormente bilingües (náhuatl/español) y su uso se extiende desde el norte de México hasta Centroamérica. (Pazmino, 2015, párr. 03)

El pasado de los pueblos indígenas es también nuestro presente, su interés por la preservación de su cultura y tradiciones es importante para la conservación de nuestra identidad como ciudadanos peruanos y ejemplo para las generaciones futuras, además que “una de razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 10).

CAPÍTULO III

3. PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PREVIA.

3.1. ¿QUÉ ES CONSULTA PREVIA?

Como lo estipula el artículo 2 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011), el derecho de consulta es:

El derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. Esta consulta es implementada de forma obligatoria solo por el Estado. (Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011)

Asimismo, la Defensoría del Pueblo, (2018) ha señalado que la Consulta Previa es

Un derecho que permite a los pueblos indígenas dialogar con el Estado buscando llegar a acuerdos sobre decisiones que pueden afectar sus derechos colectivos, existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Participar en la toma de decisiones les permitirá acceder a mejores oportunidades para vivir de acuerdo a sus prioridades. (Defensoría del Pueblo del Perú, 2018, párr. 03)

Por otro lado, tenemos al Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) el cual no señala una definición sobre la consulta previa, pero si establece en su artículo 6 que al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante

procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; asimismo, como lo señala la OIT, (2013) “la consulta previa es el medio por el cual los pueblos indígenas pueden participar plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan” (p. 11). Se debe tener muy en cuenta estas definiciones ya que el Convenio N° 169 de la OIT es la fuente más importante para conocer los alcances y los derechos de los pueblos indígenas, en especial de la consulta previa, teniendo en cuenta además que nuestra Constitución Política no hace referencia expresa a la Consulta Previa.

Entonces, la consulta previa es un medio mediante el cual los pueblos indígenas u originarios ejercen su derecho a ser oído para así obtener el consentimiento previo, libre e informado sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente sus derechos y así tener una participación directa en la toma de decisiones a través de un diálogo intercultural y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos individuales y colectivos.

3.1.1. ¿Cuándo se realiza la consulta previa?

Se realiza cuando se va a implementar medidas legislativas o administrativas que afecta a uno o varios pueblos indígenas u originarios; la consulta debe ser implementada de forma obligatoria solo por el Estado o por la entidad designada por la normativa nacional para dicho fin.

El artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) señala que los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

Algunos de los ejemplos en los que se puede realizar la consulta previa son:

Cuando se autoriza o realiza la prospección o explotación de recursos naturales en su territorio; se emite una ley u ordenanza que los afecta; se realiza una obra de infraestructura que cambiará su modo de vida; se elaboran políticas públicas que los involucran en materia de educación, salud, tierras, territorio, idioma; entre otros supuestos establecidos por la normativa nacional e internacional. (Defensoría del Pueblo de Perú, 2017, p. 18)

3.1.2. ¿A quién se le realiza la consulta previa?

La Consulta Previa se realiza a los pueblos Indígenas u originarios a los que puede verse afectados sus derechos por una medida legislativa o administrativa, con el objetivo de tener una participación directa en la toma de decisiones para así asegurar la adopción de medidas respetuosas de sus derechos individuales y colectivos. Esto conforme a la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011), que además señala que los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

Asimismo, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) señala en su artículo 1 que el Convenio se aplica:

- a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial, y
- b) A los pueblos en países independientes, considerados indígena por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país

o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989)

Lo que se ha mencionado anteriormente es muy importante, ya que, como lo señala la Defensoría del Pueblo del Perú, (2017): “la principal fuente normativa internacional que permite identificar quiénes son los sujetos del derecho a la consulta previa es el artículo 1° del Convenio N° 169 de la OIT” (p. 24).

Si bien las denominaciones de los pueblos indígenas y originarios varían en cada país (por ejemplo, pueblos indígenas y tribales o comunidades campesinas y nativas), la población con derecho a ser consultada es aquella que cumple con los criterios establecidos en el artículo 1° del Convenio 169 N° de la OIT.

3.1.3. ¿Cuál es el objeto de la consulta previa?

La Consulta Previa es el mecanismo para establecer diálogo y facilitar acuerdos entre los miembros de uno o más pueblos indígenas u originarios y el Estado, el cual intenta aplicar una medida legislativa o administrativa que podría afectar los derechos de estos pueblos. Es decir, lo que se busca proteger son los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales, así como sus instituciones, usos y costumbres propios de dichos pueblos.

El artículo 3 de la Ley N° 29785 establece que:

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la

medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos. (Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011)

Asimismo, el Reglamento de dicha Ley, señala en su artículo 5 que:

d) Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas.

e) El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. (Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2012)

Por lo que, el objeto de la Consulta Previa es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas de todo tipo, propuestas por el Estado para que así los pueblos indígenas y originarios puedan aplicar su derecho a ser oído y que estos puedan ser informados de manera previa, libre e informada sobre los alcances de las medidas que se quieren implementar. Sin embargo, la Consulta Previa no solo se puede restringir a esto, ya que, no sólo implica la obligación de informar sobre los alcances de la medida, sino que además buscar proponer, debatir y alcanzar

acuerdos en relación con la misma.

En el artículo 2 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989), se señala que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. Las medidas incluyen que sus miembros gocen de derechos y oportunidades de la legislación nacional de forma igualitaria, que se promuevan la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones y, por último, eliminar las diferencias socio económicas entre la sociedad indígena y no indígena.

La Consulta Previa puede evitar conflictos entre los miembros de un pueblo indígena y terceros ajenos a este, ya que:

El derecho de consulta y la participación son principios de buena gobernanza y medios para poder conseguir la reconciliación de distintos intereses y perseguir objetivos de democracia incluyente, estabilidad y desarrollo económico. Por el contrario, la falta de consulta previa que sea efectiva, lleva a una continua exclusión de los pueblos indígenas y, en los peores casos, a conflictos y confrontaciones. En los casos en que los que los órganos de control de la OIT examinaron situaciones específicas de conflicto, dejaron en evidencia que estos conflictos nacieron cuando las disposiciones sobre la consulta y la participación no habían sido adecuadamente aplicadas o simplemente no habían sido aplicadas. (Organización Internacional del Trabajo, 2013, p. 17 – 18)

3.1.4. ¿Quién debe realizarla y cuáles son los principios de la consulta previa?

La Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos

indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011), establece que la Consulta Previa debe ser realizada únicamente y de forma obligatoria por el Estado; asimismo, su Reglamento Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2012), señala que la obligación de consultar al o los pueblos indígenas deriva del Convenio N° 169 de la OIT y de la Ley, constituyendo una responsabilidad del Estado Peruano.

Asimismo, en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989), y la OIT, (2013) señalan que la obligación de garantizar que las consultas sean adecuadas recaer únicamente en los gobiernos y no en personas o empresas privadas. En circunstancias opcionales, los gobiernos pueden delegar la aplicación práctica del proceso de consulta a otras entidades, las cuales están designadas por la normativa nacional para dicho fin. Sin embargo, la responsabilidad de garantizar que las consultas se realicen conforme a lo estipulado por el Convenio recaer en los gobiernos, inclusive en los casos en que no estén directamente a cargo del proceso. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar la consulta previa asegurándose de cumplir con el respeto a la integridad de los pueblos indígenas

Los responsables de realizar la consulta son las entidades del Estado como ministerios, gobiernos regionales o Congreso de la República, así tenemos que:

La consulta previa hacia los pueblos indígenas debe ser realizada únicamente por el Estado o en su defecto, por la entidad designada por la normativa nacional para dicho fin. Esta debe ejecutarse

mediante procedimientos apropiados, eficaces, de buena fe y a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Mediante la consulta la población indígena participa de un diálogo intercultural con el Estado buscando llegar a acuerdos que protejan sus derechos en relación con la medida consultada. (Defensoría del Pueblo de Perú, 2017, p. 18)

Por otro lado, es importante recalcar que la consulta no la puede realizar un tercero o un particular (como por ejemplo una empresa) ya que como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) “los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias, por lo que la consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes” (p. 114).

Si bien los gobiernos otorgan concesiones a empresas privadas para la exploración y explotación de recursos naturales, estas empresas no son las encargadas de realizar la consulta previa, sino el único encargado es el Estado, esto conforme a lo señalado en el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en el que se señala que:

El Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. La consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. (Anaya, 2009, p. 20)

En cuanto a los principios, se debe tener en cuenta que, tanto el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) como la Declaración de las Naciones Unidas sobre

los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007), señalan tres principios fundamentales sobre la consulta previa, uno es que esta sea previa, es decir, la consulta se debe realizar con anterioridad a la implementación de la medida legislativa o administrativa que podría afectarlos; tiene que ser libre, es decir, que no exista coacción o intimidación por parte de representantes del Estado o de terceros; y por último, tiene que ser informada, es decir, que se debe dar todos los alcances de la medida que se desea implementar, los beneficios, las posibles afectaciones y todo lo que puede repercutir con la implementación de esta medida, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, en este punto también se debe tener en cuenta que la información debe ser traducida en el idioma tradicional del pueblo indígena u originario.

Por otro lado, el artículo 4 de la Ley N° 29785, señala una serie de principios, los cuales son:

- a) Oportunidad: El proceso de consulta se debe realizar de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
- b) Interculturalidad: El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
- c) Buena fe: Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.
- d) Flexibilidad: La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.
- e) Plazo razonable: El proceso de consulta se lleva a cabo

considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.

f) Ausencia de coacción o condicionamiento.

g) Información oportuna: Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados. (Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011)

3.1.5. Derechos que se vulneran al no realizarse la consulta previa a los pueblos indígenas:

Al no realizarse una consulta previa se estaría vulnerando una amplia gama de derechos, ya que hay que tener en cuenta que este tipo de pueblos no solamente gozan de derechos universales que todas las personas no indígenas poseen, sino que también gozan de derechos especiales por su condición de pueblos indígenas y por su condición de personas vulnerables, un ejemplo es que no solo gozan de derechos individuales sino de derechos colectivos, como es el derecho a la propiedad, que en el caso de estos pueblos está directamente vinculada con sus tierras y territorios ancestrales.

Otros ejemplos de vulneraciones a sus derechos colectivos por no realizarse una consulta previa son: Derecho a la identidad cultural (Una medida que pueda limitar o alterar las tradiciones y expresiones orales; costumbres y lenguas, música, bailes y danza; los usos sociales y rituales, etc), derecho a la participación, Derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, Derecho a conservar sus costumbres e instituciones, derecho a la jurisdicción especial, derecho a la salud con enfoque intercultural, etc.

Dada la situación de estos pueblos, se requieren medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático. La naturaleza colectiva de los derechos de los pueblos indígenas y la necesidad de salvaguardar sus culturas y modos de sustento son parte de los motivos por los cuales los gobiernos deben adoptar medidas especiales para su consulta y participación cuando se adoptan decisiones. Organización Internacional del Trabajo, 2013, p. 14).

Como se señaló anteriormente, la consulta efectiva y la participación son principios de buena gobernanza y medios para reconciliar distintos intereses y perseguir objetivos de democracia incluyente, estabilidad y desarrollo económico, por el contrario, cuando la consulta no se da, se propician situaciones de conflicto y confrontaciones. Es por esta razón que la consulta cobra una gran importancia para la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas y originarios.

3.2. CONCEPCIÓN INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA.

3.2.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

Si bien la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos no señala expresamente el derecho de Consulta Previa, este se vincula particularmente con el derecho a la participación política consagrado en su artículo 23, por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) tiene una amplia jurisprudencia al respecto, debido a la gran importancia de la protección de los pueblos indígenas y originarios.

La Corte IDH, (2005) ha establecido en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay que:

La participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir

en sus derechos, desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización (p. 95).

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) ha señalado que “el derecho a ser consultado es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales de las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente” (p. 109). Asimismo, el derecho a la consulta también está relacionado con el derecho a “la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por las decisiones que se tomen sin la participación de los indígenas” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 109).

Asimismo, como ha sido establecido por la Corte IDH, (2007) en el Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, “la consulta es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales” (p. 70).

La libre determinación de los pueblos indígenas, según lo señalado por el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

Está relacionada a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten lo que tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión (Anaya, 2009, p. 06).

Los Estados tienen el deber, según lo señalado en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Interamericana, de regular de manera eficaz los procesos de consulta, “de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 116). Los Estados deben garantizar la participación de estos pueblos en la toma de decisiones que afecten sus derechos, así como incrementar su participación en las

decisiones que se tomen a nivel nacional, esto último cobra importancia ya que, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2010) “el derecho de consulta es tan importante que la falta de regulación de los procesos de consulta no exime al Estado del deber de cumplir con todos los aspectos relacionados con el derecho de los pueblos indígenas de ser consultados” (p. 55).

3.2.2. Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989):

Es un instrumento jurídico en donde se desarrolla los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en especial el derecho de consulta previa, por lo que este convenio es la piedra angular para poder respetar y promover los derechos de estos pueblos, prueba de ello es que la Corte IDH, la CIDH y muchas otras instituciones internacionales y nacionales la utilizan para dotarse de conocimiento respecto de pueblos indígenas y sobre todo de consulta previa y así poder garantizar un pleno goce y respeto de los derechos de estos pueblos.

El Convenio N° 169 de la OIT, es la principal fuente de desarrollo del derecho a la consulta. Este fue aprobado el 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de setiembre de 1991 y ha sido ratificado por todos los países socios del proyecto (Bolivia, Colombia, Perú y Ecuador). (Defensoría del Pueblo de Perú, 2017, p. 20)

Este Convenio fue el primer esfuerzo por regular la situación de los pueblos indígenas y tribales desde una perspectiva integral, que considere sus propias miradas sobre el desarrollo y el reconocimiento de sus derechos colectivos. Este instrumento fue parte de un conjunto de esfuerzos impulsados por la OIT para crear protecciones en materia laboral a favor de estos pueblos, así como para atender la situación de exclusión que históricamente los ha venido afectando.

Se debe tener en cuenta que este Convenio tiene una amplia gama de derechos para los pueblos indígenas y tribales, sin embargo, nos enfocaremos solamente en los derechos sobre consulta previa. Es así que se debe señalar que los artículos que hablan específicamente sobre consulta previa son los Artículos 6, 15.2, 16, 17.2, 22.3, 27.3 y 28.1.)

Durante todo este capítulo se ha desarrollado extensamente el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) por lo que resultaría redundante volver a señalar todos los puntos ya expuestos, razón por la cual solo se mencionara los puntos más importantes.

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) señala en su artículo 1 quienes son las personas que deben ser consultados; en su artículo 2 se establece la obligación de los gobiernos frente a los pueblos indígenas, lo que se ve complementado por lo estipulado por la OIT, (2013) que indica que: “la Consulta Previa puede evitar conflictos ya que la consulta efectiva y la participación son principios de buena gobernanza y medios para reconciliar distintos intereses y perseguir objetivos de democracia incluyente, estabilidad y desarrollo económico” (p. 17). El artículo 6 se señala la obligación de los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados.

Por otro lado, tanto en el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989), como en su Manual OIT, (2013) se señala que la obligación de garantizar consultas adecuadas recae clara y explícitamente en los gobiernos y no en personas o empresas privadas. En algunos casos, los gobiernos pueden delegar la aplicación práctica del proceso de consulta a otras entidades, las cuales están designadas por la normativa nacional para dicho fin; sin embargo, la

responsabilidad de garantizar que las consultas se realicen de acuerdo con lo estipulado por el Convenio recae en los gobiernos, inclusive en los casos en que no estén directamente a cargo del proceso.

Asimismo, se señalan tres principios importantes del derecho de consulta, uno es que esta sea previa, es decir, la consulta se debe realizar con anterioridad a la implementación de la medida legislativa o administrativa que podría afectarlos; tiene que ser libre, es decir, que no exista coacción o intimidación por parte de representantes del Estado o de terceros; y por último, tiene que ser informada, es decir, que se debe dar todos los alcances de la medida que se desea implementar, los beneficios, las posibles afectaciones y todo lo que puede repercutir con la implementación de esta medida, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, en este punto también se debe tener en cuenta que la información debe ser traducida en el idioma tradicional del pueblo indígena u originario.

Por último, se debe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional del Perú, (2009) ha establecido en el expediente N° 00025-2009-PI/TC, que:

La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio N° 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio N° 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento. (Tribunal Constitucional del Perú, 2009, párr. 23)

3.2.3. Instrumentos del sistema universal de Derechos Humanos.

Debido a la gran importancia de la consulta previa para el respeto de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y originarios, la mayoría de instrumentos del sistema universal de Derechos Humanos que versa sobre este tipo de pueblos, estipula disposiciones sobre consulta previa; sin embargo, se debe hacer énfasis de que ninguno de estos instrumentos realiza una tratativa sobre la consulta previa en los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, pero se analizarán para poder tener un mayor conocimiento sobre la consulta y así poder realizar de una manera más óptima la presente investigación. En el siguiente cuadro podremos ver los instrumentos más importantes y las disposiciones sobre consulta.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	DISPOSICIONES SOBRE CONSULTA PREVIA
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.	Artículos 6, 15.2, 16, 17.2, 22.3, 27.3 y 28.1.
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.	Artículos 11, 15.2, 17.2, 19, 28, 29, 30.2, 32.2, 36 y 38.
Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos.	Artículos 18.b y 31.h.
Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.	Artículos XVIII.4, XX.4, XXIII.2, XVIII.3 y XXIX.4.
Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.	Artículo 39.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.	Artículo 5.d.vi.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	Artículos 1.1 y 15.1.a. En función a los informes presentados por países con población indígena como Costa Rica y Suecia, el Comité ha elaborado recomendaciones específicas a los países andinos promoviendo la implementación del derecho a la consulta previa.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	Artículos 1.1 y 27. Dictamen del caso <i>Ángela Poma Poma vs. Perú</i> . Comunicación N° 1457/2006 (párr. 7.6).
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.	Artículos 7.b, 7.c, 14.1 y 14.2.a. Tras examinar los reportes brindados por los Estados de Bolivia y Colombia, señala la importancia de que los procedimientos de consulta previa incorporen salvaguardas para las mujeres indígenas.
Convención sobre los Derechos del Niño.	Artículos 2.2, 5, 15.2, 30 y 32.1. Observación General N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño Observación General N° 11 (2009) Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.	Artículos 1, 3.c, 9.1, 26.1.b y 29.

Figura 9. Disposiciones sobre Consulta Previa en Instrumentos Normativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Fuente: Defensoría del Pueblo de Perú, (2017)

3.3. CONCEPCIÓN NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA, ANÁLISIS DE LA LEY:

3.3.1. Análisis de la LEY N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011)

A lo largo del presente capítulo se ha analizado Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011) y se ha podido observar que esta cumple con todos los lineamientos señalados en el Convenio N° 169 de la OIT con respecto a la consulta previa, en una opinión personal esta Ley cumple con todos los parámetros del respeto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, dentro de lo más impórtate encontramos:

El artículo 2 que señala que la consulta es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos. El artículo 3, establece que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión. En su artículo 4 se señala los principios de la consulta previa, los cuales son Oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna. En su artículo 6 se señala que los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales. (Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011)

Sin embargo, para la presente investigación tenemos que tener en cuenta a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, si bien la Ley N° 29785 cumple con todos los estándares establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989), en dicho convenio no se menciona a este tipo de pueblos, razón por la cual en la Ley peruana tampoco se hace mención a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Asimismo, podría esperarse que por la condición especial de estos pueblos exista una Ley especial que abarque la consulta en este tipo de pueblos; sin embargo, al realizarse las investigaciones se puede observar que no existe ningún tipo de ley sobre consulta previa a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, asimismo la Ley N° 28736, Ley

para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) no hace mención a la consulta previa, es por esto que no se vería implementado en la legislación nacional los estándares a seguirse para realizar la consulta previa a estos pueblos, incluso no se hace referencia si es posible o no realizarla, esto no es de sorprenderse, ya que a nivel internacional tampoco existe un pronunciamiento claro e inequívoco sobre consulta previa a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, razón por la cual la presente investigación cobra su vital importancia, para que así el Perú se convierta en un país innovador en materia de defensa de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial.

3.3.2. Análisis del Reglamento de la Ley N° 29785, Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Modificado Mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC.

Con respecto a este Reglamento, ocurre lo mismo que ha sido mencionado en el punto anterior, si bien cumple con los parámetros establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989), aquí tampoco se hace mención alguna, ni directa o indirectamente, sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, menos aún sobre su derecho de consulta previa, por eso la importancia de poder realizar una investigación sobre la consulta previa en este tipo de pueblos.

Por otro lado, ya que el capítulo trata sobre consulta previa, se analizará los artículos más importantes, el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, (2007) modificado mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC, (2016), establece en su artículo 5, inciso d) las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas y en su inciso e) señala

que el derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. El artículo 7 establece que los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

3.4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.4.1. Análisis Jurisprudencial Nacional

Debido a la cantidad de sentencias del Tribunal Constitucional, se procederá a examinar las sentencias de mayor relevancia, además se señalará lo más importante de cada sentencia en cuenta a consulta previa.

- **Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, (2010) recaída en el Expediente N° 0022- 2009- PI/TC (Caso Tuanama):**

Esta sentencia es muy importante ya que se dan los alcances para la consulta previa de una manera clara. El Tribunal Constitucional señala reglas para el proceso de consulta, sus principios y la diferencia entre el derecho de consulta previa y de veto.

El caso gira en torno a una demanda de Inconstitucionalidad en contra el Decreto Legislativo N.º 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. Los demandantes señalaron que dicha norma se dio sin haber realizado una consulta previa a los pueblos indígenas conforme al Convenio N° 169 de la OIT afectándose su derecho a la consulta previa, sus derechos colectivos sobre su territorio y su derecho de libre determinación.

El Tribunal señala que el derecho de consulta previa es una de las herramientas más importantes de los pueblos indígenas, que actúa

como una garantía jurídica que tutela los intereses de estos pueblos.

Los pueblos indígenas históricamente han sido excluidos, ignorados y violentados por las industrias, traficantes e incluso el propio Estado, por eso al reconocer la pluriculturalidad de estos pueblos. Estos se desarrollarán como miembros del Estado. Es por esta razón que el dialogo intercultural (que es la consulta previa) es un elemento del respeto de las diversas manifestaciones culturales.

Cuando existan normas o medidas que van a afectar directamente a los pueblos indígenas, sus costumbres o tradiciones, estas deben ser consultadas; sin embargo, si es una medida que va a afectar a la colectividad, es decir, a todos los peruanos (como un código civil), entonces esta afectación será indirecta y no es necesario una consulta.

Por otro lado, al hablar del derecho a veto, primero se debe señalar claramente que la consulta es obligatoria y el acuerdo que se tome será vinculante, sin embargo, eso no implica que de no llegar a un acuerdo el pueblo indígena podrá evitar la aplicación de la norma consultada. El fin es tener un dialogo intercultural, pero si no se llega a un acuerdo, esto no legitima al pueblo indígena a gozar del derecho a veto y poder determinar la improcedencia de la medida.

Por otro lado, el Tribunal (2010) los principios establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT, lo cuales son: buena fe, flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia e implementación previa del proceso de consulta.

Por ultimo señalan que el Estado debe hacer todo lo necesario para determinar las tierras que ocupan los pueblos indígenas y garantizar su derecho de propiedad, lo cual brindaría una apropiada protección jurídica a estos pueblos, además si sus derechos de propiedad son

reconocidos al momento de querer realizar proyectos de explotación de recursos naturales se tendrá en cuenta la afectación a estos pueblos.

La demanda fue declarada Infundada y se señaló que hay que interpretar el Decreto Legislativo N.º 1089 debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.

- **Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, (2011) recaída en el Expediente N° 00025-2009-PI/TC (Caso Tuanama III):**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 8099 ciudadanos contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos (2009). Se interpone la demanda de inconstitucionalidad contra dicha Ley debido a que la norma fue promulgada sin que se realice una consulta previa conforme al Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) ni en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los demandantes señalan que la ley no establece mecanismos por los cuales las comunidades nativas y campesinas puedan desarrollarse y mejorar su economía poniendo en grave riesgo su supervivencia. Asimismo, impugnan el sistema de licencias de uso de agua para aquellos operadores que generen excedentes en el manejo de los recursos hídricos pone en una situación de desventaja a las comunidades nativas y campesinas, quienes carecen de capacidad para competir con dichas empresas operadoras y por ultimo señalan que dicha ley atenta contra el artículo 66 de la Constitución, que establece que las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares debe darse exclusivamente por Ley Orgánica.

El derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el TC identifica: (a) el derecho

colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”. (Tribunal Constitucional del Perú, 2011, párr. 21).

El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989). Con este se propicia y materializa el diálogo intercultural, para así favorecer la integración de lo pluricultural y que los pueblos indígenas se puedan desarrollar no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana.

El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Se entiende por afectar a las medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. (Tribunal Constitucional, 2011, párr. 25)

El Tribunal Constitucional, (2011) señaló que la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios. Tampoco una que regule directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos. Dentro de la tipología de medidas de corte legislativo a la que nos referimos anteriormente, el Tribunal considera que la Ley 29338 pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas. Asimismo, el TC argumentó que dicha Ley no atentaba directa ni indirectamente a los pueblos indígenas y que incluso en el precepto de la misma Ley se señala que ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio N° 169 de la OIT.

En concreto el Tribunal Constitucional señaló que la Ley no implica *per se* una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas, sino que, las medidas que se señalan en la Ley deben ser consultadas previamente con los pueblos indígenas, la vulneración vendría en caso no se de la consulta. Por este motivo se declaró Infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos (2009).

- **Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, (2010) recaída en el Expediente N° 05427- 2009-TC (Caso Aidesep II):**

Demanda de recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Se interpone demanda de cumplimiento en contra el Ministerio de Energía y Minas para que este adecue sus normas y reglamentos conforme al Convenio N° 169 de la OIT, es especial sobre el derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales y que estas normas

no sean de carácter general (de aplicación para toda la población), sino que sean especiales para los pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional (2010) ratificó su posición sobre el hecho de que el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, señala además que tiene rango constitucional por ser este un tratado de Derechos Humanos. Así surge la figura de la inconstitucionalidad por omisión, debido a que el artículo 66, inciso 2, del Código Procesal Constitucional señala que el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal expresa, y teniendo en cuenta que el Convenio N° 169 de la OIT es un tratado internacional, lo que le brinda un rango constitucional, esto obliga a la entidad a adecuarse según sus preceptos. Es decir, las omisiones normativas que puede incurrir las autoridades que originan una vulneración a los derechos de una persona se conoce como inconstitucionalidad por omisión, por lo que el Convenio N° 169 de la OIT debe aplicarse sin necesidad que haya una ley de desarrollo.

Por otro lado, se declara fundada la demanda por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas por no reglamentar el derecho de consulta a los pueblos indígenas. Asimismo, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que aprobar una regulación reglamentaria sobre consulta previa. El ministerio lo realizó en el año 2011 cuando aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas en actividades minero energéticas y por último se exhorta al congreso a terminar con el trámite de promulgación de la "Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989).

3.4.2. El derecho a veto

Primero se debe señalar qué es el derecho veto, lo ostenta toda persona o institución que tiene la potestad de vedar o impedir una cosa. Lo que se ve traducido en el caso de los pueblos indígenas frente a una consulta previa que, si el pueblo consultado se niega al plan o proyecto, o lo que es lo mismo, el Estado no obtiene su consentimiento, el plan o proyecto no debería llevarse a cabo.

Es por esta razón que uno de los puntos que merece un mayor análisis, es el referente al derecho a veto, esto debido a que el Tribunal Constitucional del Perú, (2010) señaló que los pueblos indígenas no podrán evitar la aplicación de la norma consultada en caso de que no se llegue a un acuerdo, señalando que, esto no legitima al pueblo indígena a gozar del derecho a veto y poder determinar la improcedencia de la medida.

Sin embargo, esto no es del todo cierto, debido a que hay ocasiones en los que el Estado no solamente debe realizar la consulta a los pueblos indígenas, sino también debe obtener su consentimiento, esto conforme a lo estipulado por la Corte IDH, (2007) en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam donde se indicó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena o tribal, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los pueblos en cuestión, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.

Asimismo, según lo establecido en el artículo 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989), las consultas deberán ser llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La Corte IDH, (2012) en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, también estableció que:

La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua”. (párr. 186)

El problema es que la Corte IDH no reconoce textualmente un derecho a veto, por lo que existe un debate si es que los pueblos indígenas gozan o no de este derecho, sin embargo, esto no es necesario, ya que, como lo mencioné anteriormente, la Corte IDH, (2007) ha sido muy clara en la sentencia del Pueblo Saramaka vs. Surinam que en proyectos de inversión a gran escala que tendrían un impacto dentro del territorio indígena o tribal, el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento del pueblo indígena.

Todo esto se ve respaldado por lo establecido en Informe posterior de Anaya, (2009), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, quien señaló que:

La importancia de lograr el consentimiento varía dependiendo de las circunstancias y los intereses de cada caso. Si una medida tiene un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas, existirá una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. Esta presunción podría en determinados contextos pasar

a convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. (p. 18)

Es decir, para el Relator Especial, el consentimiento es la finalidad que todo proceso de consulta debe buscar de buena fe, sea para proyectos de inversión a gran escala como para proyectos de mediana o pequeña escala u otro tipo de cuestiones que puedan afectar los intereses de los pueblos indígenas y tribales. El deber de consultar ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia.

Por lo que, la negativa de los indígenas debería ser considerada como una prohibición de la medida, porque los sacrificios que se les pediría no serían tolerables, proporcionales o necesarios en una sociedad democrática, esto conforme a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH, (2011) donde se señala que “en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías” (p. 69), lo que significaría que en caso de afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la medida o el proyecto propuesto por el Estado, aun cuando busque el bien común, no podría llevarse a cabo, pues la mayoría no podría beneficiarse legítimamente de un sacrificio desproporcionado de una minoría.

Si los indígenas no dan su consentimiento, las autoridades públicas deben realizar un ejercicio de ponderación en el que no se exija a los pueblos indígenas sacrificios desproporcionados que tengan un impacto directo en su vida y territorios. En caso de concluirse que la afectación a los indígenas no es proporcional y aceptable en una sociedad democrática, la medida impulsada por el Estado no debería llevarse a cabo (Ruiz & Donoso, 2014, p. 993)

Es por esta razón que, como la Corte IDH ya estableció que hay circunstancias donde no solamente se requiere la consulta, sino también el consentimiento, esto debe de aplicarse dentro de la legislación peruana, a pesar de que no esté establecido en ningún mecanismo legal nacional, debido a que la jurisprudencia de la Corte IDH es de aplicación inmediata y coadyuvante para los Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH (como es el caso del Estado peruano).

Se debe recordar, que tanto la Convención América, sobre Derechos Humanos, (1969) como la jurisprudencia de la Corte IDH son normas imperativas, es decir, son *ius cogens*, por lo que, es de obligatorio cumplimiento para los estados miembros que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH, esto conforme a los establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, (1969), que establece en su artículo 53 que una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Es decir que, lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH es de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros, además, son normas y lineamientos que no admiten acuerdo en contrario, razón por la cual se debe respetar lo establecido respecto a que no solamente es necesario realizar la consulta, sino también obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.

3.4.3. Análisis Jurisprudencial Internacional:

Debemos tener en cuenta que la jurisprudencia internacional más importante que tenemos es de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, ya que es el máximo intérprete de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, (1969), el cual es el máximo protector de los derechos humanos de toda la población de los países que son miembros del Sistema Interamericano (El 21 de enero de 1981, Perú presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por un plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad), además del hecho de que sus sentencias son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados miembros que han ratificado la competencia contenciosa (como ya se estableció en el punto anterior); sin embargo, aunque existe una amplia jurisprudencia sobre consulta previa, no existe ningún tipo de jurisprudencia sobre los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial y menos aún sobre consulta previa en este tipo de pueblos. Pese a esto, analizaremos de forma concisa la jurisprudencia de la Corte IDH respecto a la consulta previa y a los derechos de los pueblos indígenas para así dotar de conocimiento la presente investigación; por lo que continuación, podremos ver un cuadro sobre las sentencias más importantes de la Corte IDH, referidas al derecho de consulta previa para dar un alcance general y posteriormente se analizará las sentencias más relevantes.

CASO	SENTENCIA	SUMILLA	PÁRRAFOS RELEVANTES
Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 172.	Sentencia del 28 de noviembre de 2007.	Falta de medidas de reconocimiento de la propiedad comunal del pueblo Saramaka, así como de recursos adecuados y efectivos para cuestionar concesiones forestales y mineras.	133-137.
Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 185.	Sentencia del 12 de agosto de 2008.	Interpretación del caso anterior.	15-20.
Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214.	Sentencia del 24 de agosto de 2010.	Creación de un área silvestre protegida sin consulta de la comunidad indígena Xákmok Kásek.	155-162.
Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de Serie C No. 245.	Sentencia del 27 de junio de 2012.	Otorgamiento de concesiones petroleras en las tierras del pueblo Kichwa de Sarayaku, sin consulta previa.	145-232.
Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 304.	Sentencia del 08 de octubre de 2015.	Otorgamiento de una autorización de explotación minera, sin consulta previa.	215-224.
Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 305.	Sentencia del 08 de octubre de 2015.	Otorgamiento de los proyectos turísticos "Marbella", "Laguna Negra" y "Playa Escondida"; la creación del área protegida "Punta Izopo"; y la ampliación del casco urbano y las ventas de tierra, y la aprobación de la Ley de Propiedad en el año 2004, sin consulta previa.	154-176.
Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 309.	Sentencia del 25 de noviembre de 2015.	Autorización de la explotación de la mina de bauxita dentro de parte del territorio tradicional de los pueblos Kaliña y Lokono.	204-212.

Figura 10. Contenido del derecho a la consulta de manera Jurisprudencial

Fuente: Defensoría del Pueblo de Perú, (2017)

• **Corte IDH, (2007) Sentencia del Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam:**

Este es uno de los casos más importantes sobre consulta previa y derechos de los pueblos indígenas, versa sobre un pueblo tribal

llamado Saramaka, el cual ocupa un territorio específico en el Estado de Suriname desde el Siglo XVIII, este pueblo tiene sus propias costumbres y tradiciones relacionadas directamente con la tierra y las estructuras familiares. Pese a que el Estado es propietario de las tierras y recursos utilizados por este pueblo, por aprobación tácita, este ha tenido autonomía para gobernar sus tierras y recursos; sin embargo, el Estado otorgó concesiones a terceros para realizar actividades madereras y de minería en territorio de dicho pueblo, que terminaron dañando el medio ambiente. Al carecer este pueblo de estatuto jurídico no era elegible para recibir títulos comunales en nombre de la comunidad o de otra entidad colectiva tradicional que posea la tierra, por lo que el Estado no le reconoció derechos de propiedad.

Dentro de los puntos más importantes señalados por la Corte IDH, (2007) debe remarcarse la obligación de garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con

conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. (Corte IDH, 2007, p. 42).

Todo Estado tiene la obligación de consultar cualquier restricción a los derechos de propiedad, incluyendo los planes de desarrollo o inversión dentro o fuera del territorio indígena, siempre que exista afectación. La consulta debe realizarse de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo indígena, por lo que, quien debe decidir sobre quién o quiénes lo representarán es el pueblo indígena y no el Estado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 43).

El artículo 21 de la Convención no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

Por otro lado, dictó como reparaciones para el pueblo indígena que el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del

territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de la Corte IDH, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.

El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales.

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo. (Corte IDH, 2007, p. 60 - 61).

- **Corte IDH, (2012) Sentencia del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador:**

Los hechos del presente caso versan sobre un pueblo indígena cuyo nombre es Kichwa, cuyo mayor sustento de vida es la caza, pesca y recolección dentro de sus territorios ancestrales. En el año 1996 se suscribe un contrato para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en la Región Amazónica, entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A., el cual comprendía una superficie de 200.000 Ha. En donde habitaban varios pueblos indígenas, dentro de estos el pueblo Kichwa de Sarayaku.

La empresa intentó gestionar la entrada a los territorios del pueblo indígena para conseguir su consentimiento, acto que fue denegado en múltiples ocasiones, siendo incluso que la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral. Sin embargo, las obras continuaron, por lo que la comunidad paralizó sus actividades para poder resguardar su territorio, en respuesta la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas,

fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Asimismo, se denunciaron hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.

En el año 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo. El Pueblo Sarayaku no fue informado de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta.

Entre los puntos más importantes que señaló la Corte IDH, tenemos que:

Para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, pero no limitándose, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) Se debe realizar necesariamente un estudio de impacto ambiental; y iii) Compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales en la zona donde se asientan los pueblos indígenas, según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones. (Corte IDH, 2012, p. 42).

Los pueblos indígenas son reconocidos como sujetos colectivos del Derecho Internacional, es decir, que no solo poseen derechos individuales (como todas las demás personas), sino que poseen derechos como una pluralidad.

Las limitaciones o restricciones al ejercicio por parte de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, deben ser necesarias, estar establecidas por ley y responder a un objetivo legítimo.

Esta sentencia la Corte IDH, (2012), establece que la afectación al territorio o recursos naturales de estos pueblos afecta su identidad cultural, más aún cuando son elementos sagrados de la cosmovisión indígena. La importancia que tienen los sitios de valor simbólico para la identidad cultural y la cosmovisión de los pueblos indígenas; y ha determinado que cuando son menoscabados, la afectación repercute en las relaciones sociales y espirituales de los miembros de la comunidad, produciendo preocupación, tristeza y sufrimiento

La consulta, para que proteja de manera efectiva los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH, debe tomar en cuenta las particularidades propias del pueblo, sus características económicas y sociales, su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres

- **Corte IDH., (2015) Sentencia del Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras:**

Los hechos del presente caso versan sobre la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, que venía obteniendo títulos de propiedad sobre sus tierras de parte del Estado de Honduras; sin embargo, se suscitaron problemáticas en torno al territorio de la Comunidad

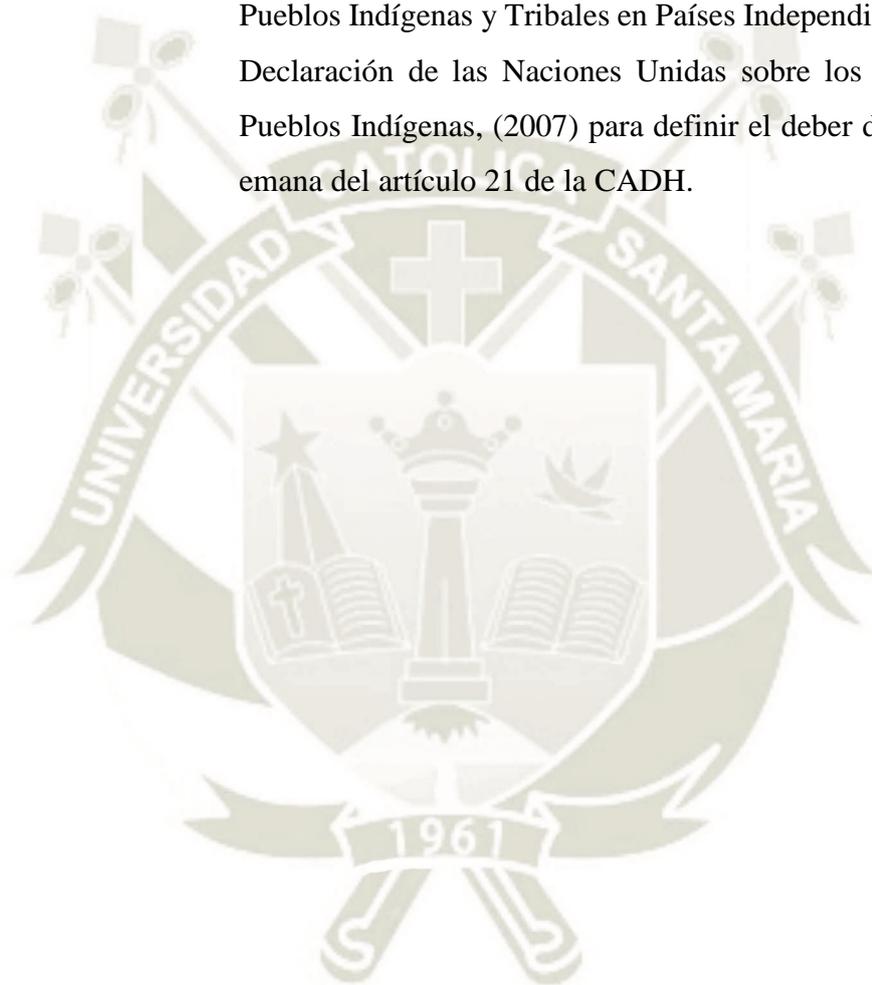
indígena entorno a la ampliación del radio urbano del Municipio de Tela que abarcaba parte del territorio tradicional de la Comunidad y reconocido como tal por el Estado; la venta de aproximadamente 44 hectáreas de tierras que habían sido reconocidas como territorio tradicional por parte del Estado a favor de una empresa privada y de terceros para la ejecución de un proyecto turístico; el traspaso por parte de la Corporación Municipal de Tela al Sindicato de Empleados y Trabajadores de esa municipalidad de 22.81 manzanas ubicadas en el territorio reivindicado por la Comunidad que había sido reconocido como territorio, la creación del área protegida “Parque Nacional Punta Izopo” en parte del territorio tradicional de la Comunidad, y otros proyectos turísticos que se desarrollaron en el área. Asimismo, los hechos del caso también se refieren a varios procesos judiciales y administrativos presentados por representantes de la Comunidad sobre solicitudes de titulación de territorios, a las ventas y las adjudicaciones a terceros de tierras tradicionales de la Comunidad, así como a investigaciones relacionadas con las presuntas amenazas y muertes contra cuatro miembros de la Comunidad Triunfo de la Cruz.

Es así que la Corte IDH, (2015) establece que el derecho de propiedad no es absoluto, sin embargo, una limitación o restricción al goce y uso de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, no debe implicar una denegación a sus tradiciones y costumbres, de un modo que no se ponga en peligro su propia subsistencia y la de sus integrantes.

La protección del derecho a la propiedad es necesaria para garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas y la continuidad de su cosmovisión.

La estrecha relación con la tierra de estos pueblos debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su sistema económico.

Se debe tener en cuenta las características particulares de los pueblos indígenas y utilizar el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007) para definir el deber de protección que emana del artículo 21 de la CADH.



CAPÍTULO IV

4. LA CONSULTA PREVIA Y EL PRINCIPIO DE NO CONTACTO

4.1. LA CONSULTA PREVIA Y EL PRINCIPIO DE NO CONTACTO:

En el capítulo anterior se ha señalado la importancia de la consulta previa en los pueblos indígenas, ya que, es el punto de partida para la protección de sus derechos, quien lo debe realizar, que se debe consultar, etc., sin embargo, al haber analizado todos los instrumentos nacionales con son: Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011), Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) y su Reglamento Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial (2007), modificado mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC, (2016); así como los instrumentos internacionales: Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (1989), Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007), Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2016), etc., se puede observar que en ninguno de estos instrumentos se estipula como debe realizarse la consulta previa en los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, es más, ni siquiera se señala si es posible realizar una consulta previa a este tipo de pueblos, es por esto que, la presente investigación pretende responder estas preguntas, teniendo en cuenta los derechos que gozan como parte de la población peruana, los derechos especiales que poseen como pueblo indígena y además teniendo en cuenta su condición de aislamiento.

Como ya se ha señalado, la consulta previa es un instrumento mediante el cual los pueblos indígenas u originarios ejercen su derecho a ser oído para así obtener el consentimiento previo, libre e informado sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente sus derechos y así tener una participación directa en la toma de decisiones a través de un diálogo intercultural y

la adopción de medidas respetuosas de sus derechos individuales y colectivos.

Por otro lado, el principio de no contacto, como su nombre lo indica, es el derecho que tienen los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial a no mantener una relación sostenida con personas no indígenas o incluso con otros pueblos indígenas, y que, se respete este aislamiento en el que ellos mismo han decidido vivir. Este es una de las normas rectoras para este tipo de pueblos ya que es el punto de partida para el respeto de todos sus demás derechos, además como lo señala el Taller de Expertos sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, (2013) que el contacto con estos pueblos derrumba de modo irreversible todo su sistema de creencias, tradiciones y costumbres en los que han basado su modo de vida y su cultura por varios cientos de años. Por otro lado, el no contacto también salvaguarda derechos como integridad personal, vida, salud, vida digna, etc., esto debido a que, al estar acostumbrados a un cierto ecosistema, el contacto podría atentar contra la integridad física de los pobladores, como, por ejemplo, una simple gripe podría convertirse en una epidemia.

Por lo que, colisionan dos derechos sumamente importantes para los pueblos indígenas, que son totalmente opuestos, ya que, el derecho de consulta es un dialogo intercultural, en el que necesariamente se tiene que entrar en contacto con el pueblo, mientras que el principio de no contacto como su propio nombre lo indica y como se ha señalado anteriormente, es evitar toda relación o comunicación con el pueblo indígena, es decir, es todo lo contrario. Es por esta razón, que debemos definir cuál es el derecho que prima sobre el otro.

Para poder responder la pregunta sobre cual derecho es más importante para los PIAVCI, se debe tener en cuenta muchos factores, en primer lugar se debe señalar que el principio de no contacto garantiza el goce de los demás derechos de los pueblos en aislamiento, esto conforme a lo estipulado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) quien señala que la premisa fundamental del respeto a los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento

voluntario, es el respeto al no contacto y a su elección de permanecer en aislamiento.

Según lo señalado por Stavenhagen, (2007) el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas del Consejo de Derechos Humanos, en los casos registrados en los que se ha tenido contacto con estos tipos de pueblos, por lo general, el resultado ha sido negativo, lo cual se ha evidenciado en sus relatos orales, estas poblaciones huyen desde hace generaciones de contactos que para ellos han sido extremadamente violentos y mortíferos, y que les ha llevado a refugiarse en las selvas. El contacto supone una afrenta a su cosmovisión y a su manera de entender el mundo que los rodea. Este problema es mucho peor cuando el contacto se da en un contexto violento (lo que es frecuente). El contacto en un contexto violento hace que su mundo entero deja de tener sentido, lo que ocasiona que sus creencias y tradiciones se pierdan al ya no ser transmitidos a las siguientes generaciones, que pueden dejar de valorarlas, lo que a su vez hace que dejen de practicarlas y en un plazo muy corto, que puede ser en una generación o dos, sus tradiciones y culturas milenarias desaparezcan, lo que implica la desaparición de toda una cultura humana.

La mayor cantidad de amenazas que intentan a los PIAVCI inician con el contacto, ya sea directo o indirecto, por parte de la sociedad civil mayoritaria, que en la mayoría de casos son personas no indígenas, pero puede llegar a ocurrir el contacto por otros pueblos indígenas, pero esto se da en menor grado; las agresiones, la extracción de recursos naturales, la escasez de alimento o agua, las epidemias, todo esto supone un contacto. Se debe tener en cuenta lo catastrófico que podría resultar la destrucción de un plantío, la contaminación de un río o la deforestación de un bosque para este tipo de pueblos. La CIDH señala que un pequeño plantío de maíz merece el mismo respeto que una cuenta bancaria o una fábrica moderna y en caso de pueblos indígenas aislados o en contacto inicial es mucho más importante ya que un pequeño plantío puede resultar en el único sustento para todo un pueblo. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

2013, p. 09).

Es por esta razón que:

Si se elimina el contacto no deseado, desaparecería la mayoría de amenazas contra estos pueblos y se garantizaría sus derechos. Los Estados garanticen los derechos de estos pueblos, se deben regir por el principio de no contacto y que el contacto solo se dé si es propiciado por los pueblos en aislamiento. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 10)

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el principio de no contacto es la manifestación de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es aislamiento voluntario y contacto inicial. La libre autodeterminación es:

El derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente sin injerencias externas. Estos pueblos también gozan de un derecho a la Autonomía, es decir, poder definir sus propias leyes o normas de vida, ya sean escritas u orales. (Medina, 2017, párr. 03)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) ha establecido que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y a que los Estados les garanticen su derecho a vivir en sus tierras y territorios ancestrales para poder preservar dicha identidad. Asimismo, la Corte IDH señaló, que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de los pueblos indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, el derecho a la libre autodeterminación está directamente relacionado con los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. (p. 70)

El respeto de los derechos de estos pueblos indígenas a la libre autodeterminación y a su decisión de mantenerse aislados, se ve reflejado en el hecho de que no participan en canales convencionales de participación. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) la imposibilidad de realizar una consulta hace que la protección por parte del Estado y los organismos internacionales hacia los pueblos indígenas en aislamiento cobre una vital importancia, ya que como le he venido señalando estos pueblos suelen rehuir al contacto y rechazan la presencia de terceros en sus tierras y territorios ancestrales.

Asimismo, el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya (2009) señala: “lo difícil que resultaría un proceso de consulta previa este tipo de pueblos, esto debido a que, se podría forzar un contacto contra la voluntad de estos grupos” (p. 20).

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) señala que:

Los factores principales a considerar cuando se analiza si estos pueblos dan su consentimiento o no a la presencia de personas ajenas, en sus territorios ancestrales, son (i) el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios, y (ii) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas. (p. 13)

Sin embargo, al examinar la información brindada por los organismos internacionales especializados en pueblos indígenas se puede observar que la información brindada es un tanto confusa, debido a que, se habla sobre la importancia del principio de no contacto y que los Estados deben respetarlo, ya que, si se respeta el no contacto se estaría garantizando el respeto de sus demás derechos, sin embargo, las entidades internacionales señalan en sus informes y demás documentos, que estos pueblos pueden dar su consentimiento o no, teniendo como base su rechazo manifiesto, lo cual sería información contradictoria, puesto que, para poder observar un rechazo manifiesto,

necesariamente se tendría que forzar un contacto con ellos, para saber si están o no de acuerdo con el contacto, violando *per se* el principio de no contacto y otros derechos como propiedad sobre sus territorios, zona intangible, etc. (lo cual ya fue explicado en el capítulo I y II de la presente tesis).

Es por esta razón, que la presente investigación busca resolver esta controversia, sobre el correcto actuar del Estado frente a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial y sobre qué derecho debe primar sobre el otro, si el de consulta previa o el de no contacto.

En caso de los pueblos en aislamiento voluntario, el derecho de consulta con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado debe interpretarse teniendo en cuenta su decisión de mantenerse en aislamiento y la necesidad de mayor protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario dada su situación de vulnerabilidad, lo que se puede ver reflejado en su decisión de no usar este tipo de mecanismos de participación y consulta. (Organización de las Naciones Unidas, 2012, p. 20)

Asimismo, la doctrina señala:

No es posible realizar la consulta previa a los PIAVCI, pues pone en peligro su subsistencia, debido a su extremada vulnerabilidad ambiental, inmunológica y social, esto debido a que la consulta previa es un proceso que involucra un diálogo sostenido entre los pueblos indígenas y el Estado, y que cualquier situación de contacto no deseado puede poner en grave riesgo a sus derechos fundamentales como la vida y salud, es por esta razón que, no puede aplicarse la consulta previa. (Quispe Mamani & Ruiz Molleda, 2017, párr. 03).

Entonces, en la disputa sobre qué derecho debe primar sobre el otro, entre la consulta previa y el no contacto, se responde haciendo un test de ponderación, se

puede observar que el principio de no contacto es mucho más importante y se debe de respetar para así poder garantizar el respeto de los demás derechos de los pueblos indígenas en aislamiento, esto debido a lo perjudicial que puede llegar a ser el contacto para estos pueblos.

Adicionalmente, se debe señalar que el no contacto forma parte de *lex specialis*, por lo que, al haber una norma especial sobre los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, esta debe primar sobre la norma de los pueblos indígenas de carácter general, esto conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, (2004) en el Expediente N° 018-2003-AI/TC, que estipula que:

Una ley especial es una regla excepcional al ordenamiento jurídico nacional, se ampara en características específicas, exigencias, propiedades o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad. Una Ley especial hace referencia a algo particular y singular de una materia, se ampara en su apartamiento de las reglas genéricas y surge para establecer relaciones jurídicas distintas a las relaciones genéricas ya establecidas. En consecuencia, la ley especial prima sobre la de carácter general, adicionalmente a esto se debe tener en cuenta lo señalado por la Corte IDH en la jurisprudencia del caso Caso Palamara Iribarne vs. Chile, que estipula que se debe escogerse la medida que restrinja, en menor escala, el derecho protegido. (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, p. 12).

Por todo lo examinado en el presente capítulo, se puede observar la gran importancia del principio de no contacto en este tipo de pueblos y como el contacto puede vulnerar una amplia gama de derechos. Es por esta razón que proponer una solución garantista de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial es una tarea muy difícil, ya que, ni siquiera entidades internacionales de protección de derechos humanos han llegado a un acuerdo, o lo que es peor aún, ni siquiera se han pronunciado sobre la consulta previa u otros derechos importantes, como es el caso de la Declaración Americana

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual es uno de los instrumentos sobre protección de pueblos indígenas más recientes, ya que, fue aprobada el 14 de junio del año 2016 y señala que:

Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial:

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva. (Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016)

A pesar de ser uno de los instrumentos más recientes y el primer instrumento internacional que contiene un artículo específico sobre los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, solo se pronuncia en un artículo sobre los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto, además no se menciona en ningún momento el principio de no contacto. Por otro lado, se menciona que los Estados deben adoptar medidas para su protección, pero sin señalar cuáles son las medidas idóneas, procedimientos, condiciones, excepciones, etc., demostrando la necesidad de poder realizar una investigación y una implementación de legislación para poder proteger verdaderamente a estos pueblos y que el Perú sea visto internacionalmente como un país protector de todos los derechos humanos de toda la población sin excepción ni discriminación y pionera de la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Uno de los aspectos más importantes que se debe tener en cuenta es que al respetar el principio de no contacto se garantiza los demás derechos de estos pueblos, pero al querer realizar una consulta previa se estaría vulnerando uno de sus derechos

más importantes y con ello se generaría una violación de sus demás derechos, como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013):

Una de las consecuencias del contacto en los PIAVCI es la afectación psicológica que pueden sufrir los integrantes del pueblo. Por ejemplo, cuando el pueblo indígena Akiruyo fue contactado en Surinam a finales de la década de 1960, el impacto en su cosmovisión fue tal que muchos cayeron en cuadros depresivos o mostraron síntomas de conmoción psicológica, algunos simplemente se rehusaban a vivir, y algunas mujeres incluso no menstruaron por más de un año. Los efectos del contacto también se presentan a nivel colectivo, ya que el pueblo pasa de una situación de autosuficiencia en la selva a una dependencia casi total de quienes le proporcionan comida, medicamentos y otros elementos de subsistencia, lo cual tiene un gran efecto desmoralizante en la identidad del pueblo. Lo que deja en claro que el efecto del contacto es muy perjudicial para estos pueblos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 48)

En ese sentido y para finalizar lo abordado en el presente capítulo, se puede concluir que, el derecho que debe primar para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, es el principio de no contacto, sin embargo, surgen otras interrogantes muy importantes, las cuales son: ¿el principio de no contacto debe ser respetada siempre, sin importar las circunstancias?, en primer plano debe ser respetado, pero que pasaría si por ejemplo se toma conocimiento de que el pueblo indígena está sufriendo ataques por parte de grupos narcoterroristas o que son siendo víctimas de desastres naturales (incendio forestal, inundaciones, sequías, etc.), o que empresas transnacionales petrolíferas o madereras están entrando en contacto con ellos; y así podemos señalar muchos más ejemplos que pondrían en peligro al pueblo indígena, ¿Qué tendría que hacer el Estado?, actuar en defensa de sus derechos y posiblemente entrar en contacto con el pueblo o simplemente respetar el no contacto a cabalidad y no interferir en los actos pese a que los derechos del pueblo

están siendo vulnerados.

Es por estas interrogantes que se debe analizar los diferentes circunstancias que se pueden dar y poder examinar si el principio de no contacto se debe seguir a cabalidad o hay algunas excepciones a la regla, lo cual se verá en el siguiente punto.

4.2. POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL

El Estado, debe ser el promotor de la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta su vulnerabilidad y su particular situación, ya que estos están imposibilitados de defender sus propios derechos, por lo que, debe procurarse respetar y hacer respetar el principio de no contacto, mediante una legislación oportuna, adecuada y garantista de la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas, donde se tenga como piedra angular el principio de no contacto.

Para poder brindar una mejor protección a estos pueblos, se debe tener en cuenta que siempre existe una gran diversidad y variedad de casos, es decir, el contacto se puede dar en diversos contextos y circunstancias, como es por extracción de recursos naturales, por contacto de otros pueblos indígenas, turismo, grupos misioneros, por conflicto armado, narcotráfico, etc., razón por la cual debe haber una regla general para el principio de no contacto, que en síntesis es que el Estado debe respetar el principio de no contacto y la decisión de los pueblos indígenas de permanecer aislados, además de respetar todos sus derechos conexos como son derecho a la propiedad (de sus tierras y territorios ancestrales), identidad cultural, a la libre autodeterminación, la implementación de una zona tangible, etc., es decir, para que el Estado pueda garantizar los derechos de los pueblos indígenas, se debe regir por el principio de no contacto y que el contacto solo se dé si es propiciado por los pueblos en aislamiento. Sin embargo, siempre existen algunas

excepciones a la regla general y se tendría que analizar si existen circunstancias en los que si se podría entrar en contacto con estos pueblos.

Las excepciones no solo se aplica en los pueblos indígenas, sino en todo tipo de legislación que se implementa, por ejemplo en la legislación penal, en el delito de Homicidio sería imposible señalar que todos los casos son iguales y que a todos los que han cometido este delito se les juzgue de igual manera o con la misma “regla general” el cual seria “el que mata a otro”, ya que existirá circunstancias atenuantes y agravantes, así como diferentes tipos de homicidio como Homicidio Simple, Parricidio, Homicidio Calificado, Femicidio, etc. Es por esta razón que el principio de no contacto debe tener en cuenta las diferentes circunstancias y contextos para así poder realizar una legislación promotora de la defensa de sus derechos. A continuación, veremos los tres grandes puntos por el cual el Estado podría entraría en contacto con este tipo de pueblos.

4.2.1. Consulta previa en caso de desastres naturales:

La zona en la que están asentados los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial es la amazonia peruana; como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013): “la región amazónica es la región del planeta con el mayor número de pueblos aislados” (p. 6). Asimismo, Huamán, (2013) señala que: “el Perú es el segundo país de la Tierra, después de Brasil, con el mayor número de pueblos indígenas en situación de aislamiento” (párr. 12), por lo tanto, estos pueblos indígenas se encuentran en una zona que puede ser afectada por innumerables desastres naturales o cambios climáticos agresivos como incendios forestales, fuertes lluvias, inundaciones, sequias, tormentas eléctricas, terremotos, etc.

El actuar normal de un Estado frente desastres naturales es brindar la ayuda correspondientes a las víctimas y tratar de mitigar en lo posible el daño ocurrido, como por ejemplo la ayuda que se lleva al norte del país cuando es afectado por la corriente del niño costero o la ayuda que brinda el Estado en las zonas de la sierra peruana en época de helada, sin embargo, esta

ayuda que brinda el Estado (que consiste en repartir vestimenta, comida, agua, construir lugares provisionales para que las personas puedan pernoctar, etc.), no puede ser brindada a los pueblos indígenas en aislamiento, por el principio de no contacto, por lo que surge la gran duda ¿el Estado simplemente tiene que dejar de proteger a los pueblos indígenas en aislamiento y cumplir el principio de no contacto?.

Se debe recordar lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013):

Las principales amenazas al goce de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial son resultado del contacto. Si se logra evitar el contacto con personas ajenas estos pueblos están en mayor capacidad de satisfacer sus necesidades de subsistencia utilizando su entorno y de manera autosuficiente, sin la intervención del Estado, tal y como lo han venido haciendo por cientos de años. (p. 45)

Asimismo, como lo establece Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) las situaciones de riesgo a la vida e integridad de los pueblos en aislamiento son generadas por el contacto, los casos más emblemáticos, y a la vez prevenibles, se dan cuando el contacto es propiciado de manera directa y deliberada. El contacto representa una pérdida cultural irreparable, ya que una vez establecido el contacto, la condición de aislamiento en que se encontraban antes del contacto se ha perdido para siempre.

Es por esta razón se plantea que en cuanto a desastres naturales, al ser actos que obviamente no pueden ser atribuidos al actuar de ninguna persona, entidad o gobierno, sino como su propio nombre lo indica es un hecho natural, lamentablemente catastrófico, pero natural a fin de cuentas, el Estado no debe entrar en contacto con los pueblos indígenas en aislamiento

o contacto inicial, por lo que tampoco debería realizar una consulta previa, ya que estos han podido sobrevivir por miles de años de manera autosuficientes a los desastres naturales que se han podido presentar, razón por la cual entrar en contacto con ellos resultaría mucho más perjudicial que las consecuencias de un desastre natural al que podrían sobreponerse de manera autónoma, debido a que, el contacto podría atender contra su cuerpo, su vida y su integridad física, psíquica y moral, entendiendo a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social” (OMS, 1946, artículo 1). Además de reconocer que “los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados a la salud humana”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 19).

Por lo que, la regla general es que en casos de desastres naturales que afecte a los PIAVCI, el Estado no debe intervenir, ya que estos pueblos pueden satisfacer sus necesidades de subsistencia. Sin embargo, existen diferentes tipos de desastres naturales, así como diferentes intensidades y resultados de estos; en ese sentido, se debe tener en cuenta que hay desastres de tal magnitud que un pueblo indígena podría verse seriamente afectado o incluso podría correr el riesgo de desaparecer. Si esto ocurriera y el Estado no haría nada para poder salvaguardar sus derechos, el Perú podría incurrir en responsabilidad internacional por su inacción u omisión, ya que, todos los Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH están en la obligación, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención; asimismo, la Corte IDH, (2006) ha establecido que “todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana” (p. 67).

Para poder entender un poco más sobre las afectaciones que podrían

ocurrir a los pueblos indígenas debido a los desastres naturales, citaré algunos ejemplos de grandes desastres naturales que han afectado gravemente a los pueblos indígenas.

El primer ejemplo es del terremoto de 8.0 grados de magnitud (según lo establecido por Instituto Geofísico del Perú), que se dio el 26 de mayo del 2019, cuyo epicentro fue el distrito de Lagunas en la provincia de Alto Amazonas (ubicada en la región Loreto), y fue de tal magnitud que afectó a Loreto, San Martín, Cajamarca, Huánuco, Ucayali, entre otras.

Dicho terremoto dejó como resultado viviendas y escuelas destruidas, hundimiento de la tierra, problemas en la comunicación, como en el caso de la Comunidad Nativa Tamare, con más de 60 viviendas y las instituciones educativas de inicial y primaria destruidas o la Comunidad Nativa Pucacuro, donde se produjo el hundimiento del centro de salud y al menos 30 viviendas destruidas.

Otro ejemplo que fue muy catastrófico y que pudo ser observado mundialmente, fue el gigantesco incendio que ocurrió en la selva amazónica en agosto del año 2019, según los datos del INPE (siglas en portugués del Instituto Nacional de Investigaciones Espaciales de Brasil) se han registrado más de 74.000 incendios registrados desde enero, hasta agosto del 2019, mostrando un aumento de incendios forestales de 83% comparado con el mismo periodo del año 2018. El incendio de tal magnitud que no solo afectó a Brasil, también afectan las regiones amazónicas de Bolivia, Paraguay Perú.

El Instituto Nacional de Investigaciones Espaciales de Brasil (INPE) señaló que con dicho incendio la Amazonia perdió 2,5 millones de hectáreas en solo un mes, de un ecosistema que comparten nueve países, siendo la serie de incendios en el bosque tropical más grande del mundo, los cuales arrasaron el equivalente

a 4,2 millones de campos de fútbol, asimismo, el coordinador de la campaña de Bosques de Greenpeace Andino Giardini H. (2019) señaló que en solo un mes se destruyó una superficie equivalente a 21 veces la ciudad de Bogotá. (BBC News Mundo, 2019)

De acuerdo a la World Wildlife Fund, WWF, (2018) en el Amazonas hay 427 especies de mamíferos, mil 300 aves, 378 reptiles, más de 400 anfibios y cerca de 3 mil peces de agua dulce. Además, según lo publicado por el canal de televisión, hay 4 mil plantas y, sólo en Brasil, un estimado de 100 mil invertebrados y es por esta gran diversidad que la cantidad de animales que han muerto es todavía imposible de medir, sin embargo, se han reportado las muertes de perezosos, de monos y también de serpientes.

Una cantidad impresionante de especies murieron a causa del incendio, pero que también se tiene que tener en cuenta la grave afectación a futuro, ya que ha desaparecido una importante fuente de sustento para los pueblos indígenas y para otras especies que lograron sobrevivir al incendio. En cuanto a los pueblos indígenas, es importante recordar que su principal sustento es la caza, recolección de frutos, la pesca y la agricultura, lo cual se ha visto seriamente afectado debido al incendio.

Otro ejemplo es el del pueblo indígena Nasa de Colombia, esto debido a que el 6 de junio de 1994 a las 3:47 horas, se produjo una avalancha que es considerado uno de los desastres más grandes del país, ya que, dejó alrededor de 1,100 muertos, 1,600 familias desplazadas, 40,000 hectáreas de tierra destruidas y el 75 por ciento de la infraestructura educativa y de salud afectadas, según los datos señalados por el Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres (CAPRADE). (Semana Sostenible, 2017)

Es por esta razón, que una Comisión Multisectorial conformada de acuerdo al artículo 11 del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento

de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, (2007) modificado mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC, (2016), deberá analizar a profundidad la magnitud del desastre natural en el pueblo indígena para poder decidir si se debe intervenir o no, teniendo muy en cuenta la regla general de que los pueblos pueden satisfacer sus necesidades de supervivencia de manera autosuficiente. Si esta comisión llega a un acuerdo de que el impacto del desastre natural es muy grande y el pueblo indígena corre un grave riesgo, deberá analizar diferentes soluciones para ayudar al pueblo indígena, tratando de que estas no incluyan entrar en contacto directo con sus pobladores, ya que lo que busca el Estado es ayudar, no perjudicar más al pueblo, es decir, si el Estado encuentra algún tipo de ayuda que garantice su derecho a no ser contactados, deberá tomarse esa medida, para así cumplir con su obligación y no vulnerar sus derechos. Un ejemplo, sería en el caso de un gran incendio forestal (como el que sufrió la amazonia en el año 2019), uno de sus acciones fue arrojar agua mediante aviones cisterna para poder mitigar el incendio, en ese caso no habría un contacto directo y el Estado estaría realizando acciones para poder ayudar a dicho pueblo indígena.

Otra solución que se plantea es, realizar una consulta previa a los pueblos indígenas ya contactados colindantes al PIAIVC, para conocer la situación real en la que se encuentra ese pueblo, si es que tienen alguna medida para poder superar el desastre, la cantidad de afectados, sus necesidades y cuál podría ser el impacto del contacto con ese pueblo, para que así se puedan tomar decisiones que no vulneren los derechos de los PIAVCI.

4.2.2. Consulta previa en caso de salvaguardar derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial debido a contacto de terceras personas:

Las amenazas de contacto normalmente se dan por terceras personas de forma directa o indirecta, siendo la más perjudicial el contacto directo y

deliberado, como, por ejemplo: por narcotráfico, empresas transnacionales, proyectos turísticos, misioneros religiosos, minería y tala ilegal. Así se podría dar una gran lista de personas y entidades que entran en contacto con estos pueblos, razón por la cual el Estado debe garantizar su protección mediante los instrumentos señalados en el primer capítulo de la presente investigación, como es la zona intangible, sin embargo, el contacto se puede dar pese a todas las medidas que puede asumir el Estado, un ejemplo, para que esto pueda ser más entendido, es el caso del Femicidio, aunque se encuentra regulado y sancionado en el ordenamiento jurídico, existe un Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y otras entidades como el Centro de Emergencia de la Mujer, además del hecho de que se realizan marchas, charlas y demás, aún sigue existiendo casos de femicidio en el Perú, por lo que las medidas que puede tomar el Estado para que terceras personas no entren en contacto con estos pueblos puede que no resulten suficientes.

Es por esta razón, que se debe implementar medidas de protección en caso se vulneren los derechos de estos pueblos, es decir, no solamente legislar el no contacto, sino que también medidas de protección en caso de que se dé el contacto, así como sanciones a los que entren en contacto con estos pueblos, tal y como ha sido señalada por la Corte IDH, (2006) que la falta de medidas legislativas de un Estado para proteger los derechos de estos pueblos y sancionar a las que incumplen, ha sido entendida como una fuente de responsabilidad internacional frente a las afectaciones a la vida e integridad personal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) señala un ejemplo de la vulneración de derechos que provoca el contacto directo:

En el año 2013 las comunidades indígenas hondureñas de Tolupan de El Higuero y El Hoyo se encontrarían en situación de “semi aislamiento”, ya que desde el año 2010, integrantes de estas

comunidades han sido desplazados por terceras personas, es decir, por personas no indígenas, que se dedican al comercio de madera, estas personas quemaron algunas de sus viviendas, lo que provocó que ambas comunidades entraran en decadencia debido a la presión que ejercen pequeños grupos parceleros agrícolas y maderos. Se evidencia un estado de total desprotección y exclusión por parte de Estado Hondureño, evidenciando su nivel de vulnerabilidad. Cuando un Estado tiene conocimiento de la grave situación que están padeciendo las personas que viven en zonas marginadas (en este caso el pueblo indígena) tiene el deber de adoptar medidas para poder eliminar o mitigar los daños que se están produciendo, así como imponer las sanciones correspondientes a los responsables. Por lo que la falta de medidas legislativas de un Estado para proteger los derechos de estos pueblos acarrea responsabilidad internacional frente a las afectaciones a la vida e integridad personal. (p. 11 – 12).

Asimismo, la CIDH establece que:

Un ejemplo evidente son las misiones religiosas que han buscado evangelizar a los pueblos indígenas, como en el caso de la Misión Nuevas Tribus (New Tribes Mission) y el Instituto Lingüístico de Verano (Summer Linguistic Institute), entre otros, que deliberadamente contactaron a pueblos en países como Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia y Perú, hechos que se dieron en la segunda mitad del siglo XX, estas organizaciones prohibían prácticas religiosas y culturales tradicionales de los pueblos que contactaban, tildándolas de demoníacas, y menoscabando el derecho de estos pueblos a su propia cultura. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 45-46)

El contacto se puede dar incluso por proyectos científicos, así como lo

señala Cingolani, (2011) quien relata como un agrónomo noruego que ingresó al Parque Nacional y Área Natural de Manejo Integrado Madidi, en la zona fronteriza entre Bolivia y Perú (lugar donde transitan integrantes del pueblo Toromona en aislamiento), y este nunca regresó de sus expedición, o como la misión del Museo de Historia Natural de Londres, que en 2010 organizó una expedición a la región del Chaco en Paraguay con el fin de contactar pueblos indígenas en aislamiento.

El contacto también puede darse de manera violenta, siendo el peor de todos, ya que provoca mayores consecuencias y peores vulneraciones de derechos, como en el caso de Ecuador, que:

En el año 2013, dos niñas menores de edad, que presuntamente pertenecientes al pueblo Tagaeri o Traomenane en aislamiento voluntario, fueron retenidas por personas ajenas a su comunidad. Este tipo de incidentes representan una pérdida cultural irreparable, una vez establecido el contacto, es primordial garantizar el la vida, integridad y bienestar físico y psicológico de las personas contactadas, pero la condición de aislamiento en que se encontraban antes del contacto se ha perdido para siempre (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 47).

Por otro lado, el contacto también puede darse de manera indirecta, por ejemplo cuando personas ajenas se incursionan en los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento y dejan objetos que podrían ser encontrados por los pobladores indígenas como herramienta, comida, basura, etc., los cuales pueden ser perjudiciales para los pueblos en aislamiento, ya que, según Huertas, (2012) “los objetos abandonados por las personas no indígenas pueden transmitir ciertas enfermedades infectocontagiosas” (p. 19).

Asimismo, se debe tener en cuenta la afectación psicológica que pueden sufrir estos pueblos, un ejemplo muy importante es el caso del pueblo indígena Akiruyo de en Surinam, esto debido a que:

El impacto ocasionado por el contacto fue tal, que los miembros del pueblo indígena cayeron en cuadros de depresión, algunos se rehusaron a vivir y las mujeres dejaron de menstruar por más de 1 año, lo peor es que después de dos años del contacto más del 25% de los miembros del pueblo Akuriyo fallecieron debido a estas afectaciones. (Taller de Expertos sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, 2013, p. 21)

Todos estos ejemplos son actos o hechos que no son atribuibles al Estado, sino a terceras personas, pero que el Estado debe cautelar, proteger y sancionar a terceros, ya que, como lo señalé anteriormente, sino se hace esto el Perú podría incurrir en responsabilidad internacional frente a la Corte IDH, sin embargo, surge grandes preguntas como: ¿se debe respetar el principio de no contacto a cabalidad?, o ¿el Estado debería entrar en contacto con los pueblos en aislamiento para cautelar sus derechos?

Sin duda alguna es una gran interrogante, ya que no existe ningún pronunciamiento claro e inequívoco sobre el tema, es más, como lo he señalado en todo el punto 4.1., es una tarea muy difícil debido a que intentar realizar una consulta previa podría originar un contacto no deseado con estos pueblos, sin embargo, se debe tener en cuenta que estas son actuaciones de terceras personas, que ya han entrado en contacto con estos pueblos, y que, en su mayoría buscan perjudicar al pueblo indígenas, como por ejemplo desplazándolos de sus tierras y territorios o cometiendo delitos como homicidio, violaciones, desapariciones, abigeato, etc.

Es por esta razón que, se debe tener una tratativa diferente, en caso de los

desastres naturales estos no eran hechos imputados a alguna persona, empresa o entidad, pero en los ejemplos que se ha señalado en este capítulo, si se puede identificar un responsable y un daño que, a diferencia de los desastres naturales, nunca ha sido enfrentado por estos pueblos.

Es por ello que, la propuesta que se hace en la presente investigación es que cuando el Estado tome conocimiento de una vulneración o amenaza de vulneración a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, que surja como consecuencia del actuar directo o indirecto de una persona o grupo de personas, autoridad, empresa, entidad o de miembros de los gobiernos locales, nacionales y/o extranjeros, se podrá realizar una consulta previa, libre e informada, bajo todos los estándares de protección señalados en el Capítulo III de la presente tesis, que tenga como único fin el de salvaguardar los derechos del pueblo indígena en aislamiento voluntario o contacto inicial que se esté viendo afectado.

Como ya se vio en el Capítulo III, todas las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas, deben ser consultadas y así tener una participación directa en la toma de decisiones a través de un diálogo intercultural y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos individuales y colectivos, sin embargo, al ser un pueblo indígena con una particularidad (el aislamiento), no se debe ceñir estrictamente a las reglas de la consulta previa, en el sentido de que (y complementando la propuesta del párrafo anterior), si el Estado puede realizar acciones para erradicar el contacto realizado por terceros, así como las posibles vulneraciones que se pudieron dar, sin que sus representantes entren en contacto con el pueblo indígena, esta podrá aplicarse sin necesidad de realizar la consulta previa, esto a fin de no causar un mayor perjuicio al pueblo indígena, entrando en contacto con ellos.

Para ser más claro el punto anterior, primero se debe recordar lo perjudicial

que puede llegar a ser el contacto para estos pueblos y lo que busca el Estado es salvaguardar sus derechos, no perjudicarlos aún más, es por esta razón que, si existe alguna medida que se pueda tomar para proteger sus derechos y evitar que personas no indígenas entren en contacto con ellos, esta debe ser elegida y no debe realizarse la consulta previa, pero solo en este caso. Esta decisión debe ser tomada por una Comisión multisectorial que se formará cuando el Estado tome conocimiento de la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial y deberá estar conformada por expertos en el tema de pueblos indígenas como sociólogos, antropólogos, etc., y además por representantes de las comunidades indígenas, que ya estén contactados, tratando en la medida de lo posible que sean de comunidades aledañas al pueblo en aislamiento, esto conforme a lo señalado por la Corte IDH, (2012) “para realizar una consulta previa se debe tomar en cuenta las particularidades propias del pueblo, sus características económicas y sociales, su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres” (p. 81).

Es por esta razón que, al tomarse en cuenta las particularidades del caso, el cual es su derecho de no contacto y de permanecer aislados, es que bajo estas circunstancias podría obviarse la consulta previa.

Hay acciones que podrían tomarse sin la necesidad de la consulta previa, como por ejemplo en las misiones religiosas, en los proyectos turísticos y científicos, si el Estado toma conocimiento de que alguno de estos está entrando en contacto con un pueblo indígena en aislamiento podrá retirarlos de la zona, impedir que vuelvan a incursionar en estas zonas, crear reservas nacionales, sancionar a los responsables y demás medidas que no necesitarían una consulta previa, esto debido a que:

Los efectos del contacto también se presentan a nivel colectivo, ya

que el pueblo pasa de una situación de autosuficiencia en la selva a una dependencia casi total de quienes le proporcionan comida, medicamentos y otros elementos de subsistencia, lo cual tiene un gran efecto desmoralizante en la identidad del pueblo. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 48).

Si las acciones del Estado que buscan la protección de los pueblos indígenas en aislamiento necesariamente requieren de un contacto o incluso hay riesgo de posibilidad de entrar contacto, entonces será necesaria la consulta previa, libre e informada, teniendo en cuenta que, si hay un rechazo evidente o manifiesto al contacto, se tendrá que suspender las medidas que el Estado intentaba implementar, esto conforme a lo señalado por la Corte IDH, (2007): “la consulta debe realizarse de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo indígena” (p. 51) que en el presente caso sería el no contacto y su decisión de permanecer en aislamiento.

Si bien realizar una consulta previa a estos pueblos es una tarea muy difícil de implementar debido a que no existe ningún estándar internacional sobre la materia pese a ser necesaria para la protección integral de estos pueblos, el Estado peruano debe de ser consciente de la necesidad de desarrollar en su legislación, aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia, de acuerdo al control de convencionalidad desprendido del artículo 2 de la Convención América sobre Derechos Humanos, (1969). Es por esta razón que el ex relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Anaya, (2010) señala que:

El Estado puede coordinar esfuerzos con las organizaciones indígenas representativas de los segmentos en contacto del mismo

pueblo en caso sus acciones por la reivindicación general del territorio tradicional indígena incluyan la protección de dichos grupos en aislamiento. Ello como parte de un proceso continuo de consulta y protección territorial de todos los sectores de un mismo pueblo, incluidos los grupos en aislamiento. (p. 25)

En cuanto a los pueblos indígenas en contacto inicial, la situación es un poco más fácil de abordar, esto debido a que como su propio nombre lo indica, ya han tenido un contacto con la población no indígena o mayoritaria. Lo que establece Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) es que: “los Estados deben aplicar los estándares desarrollados por la misma Comisión y la Corte IDH de manera culturalmente apropiada, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso específico y el nivel de contacto del pueblo indígena” (p. 14). A diferencia de los pueblos en aislamiento voluntario, los pueblos indígenas en situación de contacto inicial sí tienen relación con otros pueblos indígenas y, en algunos casos, con la sociedad no indígena o mayoritaria, lo que posibilita la realización de una consulta previa, libre, informada, y de buena fe, dirigida a obtener su consentimiento. Si se realiza una consulta previa a estos pueblos:

Se debe además tener en cuenta su situación particular de vulnerabilidad y de interdependencia con sus territorios y recursos naturales, su cosmovisión y cómo ésta puede interpretar un proceso de consulta, y ante todo considerárseles sujetos activos y titulares de derechos para decidir de manera previa, libre e informada en qué forma se debe llevar a cabo la consulta y el resultado de la misma. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 14).

4.2.3. Consulta previa en caso de extracción de recursos naturales por Necesidad Pública:

Se toma este punto de forma independiente debido a que, en el inciso c)

del artículo 5, de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), se estipula 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”. Asimismo, en su Reglamento Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, (2007), se señala en su artículo 35°, el proceder para realizar la explotación de recursos naturales en caso de necesidad pública.

Lo que significa que es posible que el Estado apruebe concesiones para la explotación de recursos naturales en los territorios que ocupan estos pueblos, por razones de necesidad pública, lo que implicaría una clara vulneración al principio de no contacto. Pero, para poder seguir desarrollando el presente punto, primero se debe conocer el significado de recursos naturales y el de Necesidad Pública.

Cuando se habla de recursos naturales:

La doctrina coincide con un concepto básico de los recursos naturales, al considerarlos como todos aquellos bienes existentes en la naturaleza que sirven para que el hombre, directamente o transformándolos, satisfaga sus necesidades. Son precisamente los bienes que el hombre va encontrando en el sistema biofísico natural, o modificando, en función del avance de su conocimiento científico tecnológico y que satisfacen o pueden satisfacer necesidades humanas. (Hundskopf, 2015, citado por Tejada Gurmendi, 2017, p. 226)

Si se desea una definición de recursos naturales que tenga una base legal

internacional, se tiene que:

Se debe definir el concepto de recursos naturales, siguiendo la definición postulada por las Naciones Unidas, el cual señala que los recursos naturales se caracterizan por: 1. Ser proporcionados por la naturaleza; 2. Ser capaces de satisfacer las necesidades humanas; y 3. Porque su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado donde se encuentran ubicados. Asimismo, se distingue entre los recursos renovables, como aquellos que tienen la capacidad de reproducirse o regenerarse; y los recursos no renovables, entendidos como aquellos que no son capaces de reponerse en un determinado periodo de tiempo y que son, por tanto, “recursos agotables”. (Huapaya Tapia, 2014, p. 328).

La definición de recursos naturales se encuentra en el artículo 3 de la ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, (1997), “se consideran recursos naturales a todo lo susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado”, señalando algunos ejemplos de recursos naturales como: agua, suelo, subsuelo, flora, de la fauna, los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmico, los minerales y otros ejemplos que señala la norma.

Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) señala que los recursos naturales son:

Valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios

ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 14)

Por otro lado, la necesidad pública, como su propio nombre lo indica, es todo aquello que es imperante para poder atender las necesidades básicas de la población o de un determinado sector de la población, es decir, todo lo que es absolutamente necesario para cubrir las necesidades más básicas de la población, como es salud, alimentación, educación, etc.

En este caso, se opina que no debe priorizar la necesidad pública si es que esta necesidad entra en conflicto con los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, porque prima la salud de ellos y su intangibilidad. El hecho está en que las áreas que estos pueblos ocupan, son ricas en recursos naturales como hidrocarburos, y estas áreas siempre están bajo presión del Estado para su explotación.

Es importante señalar que también se ha acuñado el concepto de utilidad pública, que es utilizada en algunas normas como en el caso de la minería y se refiere a todo aquello que puede ser de beneficio o provecho de la población. Por lo que, es importante y oportuno entender las diferencias de ambos conceptos:

Gran parte de la doctrina ha optado por separar estos dos conceptos,

definiendo a la necesidad pública como aquello que no puede prescindirse o, mejor dicho, como la falta de aquella cosa sin la cual no podrá atenderse necesidades sociales y, por otro lado, a la utilidad pública como aquello que reporta un beneficio o provecho a la colectividad. (Villena, s.f, citado por Tong & Montero, s.f., p. 89)

El concepto de necesidad pública ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, así tenemos que:

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se hablaba de una necesidad pública evidente para efectos de poder expropiar una propiedad, el criterio de necesidad pública fue el que primero se invocó y tuvo alcances muy reducidos pues estaba circunscrito a situaciones de apremio y de seguridad en que se encontraba el Estado. Sólo por necesidad de un orden fundamental y casi podríamos calificar vital, se aplica la expropiación. Históricamente este criterio es mucho más amplio que el de la necesidad, pues abarca todas aquellas obras o empresas que respondan a una legítima necesidad colectiva. (Arias, 1911, citado por Tong González & Montero Alvarado, s.f., p. 88)

Un ejemplo sobre la aplicación de la necesidad pública es la que se dan con relación a las propiedades a los extranjeros en la frontera del país. En el artículo 71° de la Constitución Política se señala la prohibición a los extranjeros de que puedan adquirir o poseer propiedades dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras. Sin embargo, se exceptúa la norma en los casos de necesidad pública.

Así por ejemplo, mediante el Decreto Supremo N° 018-2019-EM, Decreto que declara de necesidad pública la inversión privada en actividad minera y autorizan a empresa minera con inversión extranjera y peruana a adquirir

un derecho minero dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera, (2019), como su propio nombre lo indica, se declaró como necesidad pública a la inversión privada en actividad minera y se autoriza a la empresa minera CONSORCIO MINERO ATE S.A.C, que solicitaba una concesión para adquirir un derecho minero dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera, se establece que según lo estipulado en el numeral V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM, la industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en la actividad minera es de interés nacional. En el Decreto se señala que la solicitud es de necesidad pública debido a que el interés en establecer la titularidad del derecho minero solicitado trasciende al interés privado, incidiendo de manera importante en el bienestar de la comunidad, toda vez que mediante dicha excepción se trata de lograr el desarrollo de las zonas de frontera, con el consiguiente aumento del nivel de vida en la zona de incidencia de las actividades mineras descritas en el presente Decreto Supremo. La actividad minera se convierte en necesidad pública en tanto que constituye uno de los pilares de la economía nacional, representando un importante porcentaje del Producto Bruto Interno – PBI Nacional, así como una fuente importante de ingresos por concepto de exportaciones y de recaudación de impuestos; asimismo, se genera puestos de trabajo dignos, que tienen como compromiso el respeto de los estándares y condiciones mínimas de seguridad y salud ocupacional.

Otro ejemplo es el de la Ley N° 30928, Ley que declara de necesidad pública e interés nacional el proyecto de infraestructura portuaria “rehabilitación del terminal portuario de Pucallpa”, que justifica y autoriza la expropiación de inmuebles, (2019), alegando que hay una necesidad de: a) Mejorar la calidad de vida de la población, contribuyendo al desarrollo del comercio regional y a las condiciones de navegabilidad de los ríos, b) Viabilizar el proyecto de infraestructura portuaria “Rehabilitación del Terminal Portuario de Pucallpa”, c) Reducir la brecha de infraestructura

existente en el departamento de Ucayali, d) Asegurar la prestación de servicios portuarios en la ciudad de Pucallpa con condiciones adecuadas de seguridad para la vida y salud de las personas, e) Promover el desarrollo socioeconómico del departamento de Ucayali y su articulación con los demás ejes logísticos del país, f) Brindar conectividad a las poblaciones con fines de inclusión social y permitir la mejora económica de las poblaciones amazónicas, g) Asegurar el cumplimiento de los compromisos contractuales que el Estado peruano asumió con el concesionario del proyecto.

Esta excepción se da debido a que se cataloga como objeto de necesidad pública a la inversión, pero se debe tener en cuenta que no todas las actividades de extracción de recursos naturales pueden ser considerados de necesidad pública ya que, no todas estas actividades satisfacen las necesidades más elementales de un determinado lugar, como por ejemplo el de los regímenes de pequeña minería y la minería artesanal, que si bien son importantes, no suponen una gran contribución económica y sobre todo social.

Entonces, definido los conceptos de recursos naturales y necesidad pública, se comenzará a analizar la estrecha relación que tiene los pueblos indígenas con los recursos naturales y si es posible limitar sus derechos como el de aislamiento y no contacto por razones de necesidad pública.

La gran demanda nacional e internacional de recursos naturales que se encuentran en los territorios de los PIAVCI, tales como maderas, hidrocarburos, combustibles fósiles, minerales, recursos hídricos, etc., es la razón por la cual estos pueblos pueden llegar a ser tan vulnerables. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) señala que: “el reto para los Estados y organismos de derechos humanos es lograr la protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, o ser testigos de su desaparición” (p. 01).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) también señala que: “en el caso de los pueblos indígenas, existe una relación directa entre la libre determinación y los derechos sobre la tierra y los recursos naturales” (p. 02), la cual toma particular relevancia cuando se trata de pueblos en aislamiento o contacto inicial. Para que haya un marco de respeto de los derechos de estos pueblos, se debe respetar sus derechos a libre autodeterminación, a la vida e integridad física, cultural y psíquica de los pueblos y sus miembros, a la salud, y a sus derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales que han ocupado y utilizado ancestralmente, esto debido a la necesidad de continuar fortaleciendo la protección de los derechos humanos de los PIAVCI en las Américas y que estos pueblos mantienen una relación material de aprovechamiento y consumo sustentable de sus recursos naturales, así como una profunda conexión espiritual y cultural.

Un dato muy importante y a la vez preocupante es que:

Entre 1950 y 1957 desaparecieron 11 pueblos indígenas de la Amazonía, y de los remanentes, 18 están en peligro grave de desaparecer, ya que cada uno de ellos cuenta con menos de 225 personas, esto debido a las enfermedades y el atropello colonizador y depredador, espontáneo o promocionado oficialmente, que los ha privado de sus tierras tradicionales y de sus recursos naturales, como ha sucedido en la cuenca del Huallaga con la construcción de las carreteras. (Defensoría del Pueblo del Perú, 2006, p. 08)

Cuando se habla de explotación de recursos naturales en las zonas que ocupan estos pueblos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) ha señalado que:

Se debe tener presente lo devastador que puede resultar para ellos la destrucción de un plantío, la contaminación de un río, la deforestación de un bosque, y otras afectaciones al entorno en el que habitan y del que dependen. Asimismo, señalan que las incursiones a sus territorios con el objetivo de extraer recursos naturales, presuponen un contacto y que, si se elimina el contacto no deseado, se elimina la mayoría de las amenazas y se garantiza el respeto a los derechos de estos pueblos. Por lo que, todo actuar del Estado se debe regir fundamentalmente por el principio de no contacto, y de que el contacto se debe dar solamente si es propiciado por estos pueblos. (p. 08 - 09)

Se debe tener en cuenta que el no contacto es la manifestación del derecho de los PIAVCI a la libre determinación y una de razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 10). Asimismo, la Corte IDH, (2012) ha señalado “que los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y a que los Estados les garanticen su derecho a vivir en sus territorios ancestrales para poder preservar dicha identidad” (p. 72).

Asimismo, se debe recordar que estos pueblos son titulares de todos los derechos y libertades de los que gozan las personas no indígenas, así como de derechos individuales y colectivos a la libre autodeterminación. Teniendo en cuenta que, para los PIAVCI, el derecho a la libre determinación tiene una relación directa y profunda con los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

Es por estas razones que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) señala que:

No es posible realizar una consulta previa, libre e informada de acuerdo a los estándares establecidos por la propia CIDH y la Corte IDH, en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas de los recursos naturales que afecten los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, debido a que estos pueblos suelen rehuir al contacto y rechazar la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus tierras y territorios ancestrales y considera que la protección de sus tierras, territorios y recursos naturales es fundamental para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial (p. 12).

Asimismo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) ha señalado que los pueblos indígenas guardan una relación especial con sus tierras, territorios y recursos naturales en términos materiales, sociales, culturales y espirituales; por lo que, la protección de esta relación es fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y por lo tanto amerita medidas especiales de protección, considerando que la protección territorial es una condición fundamental para proteger la integridad física, cultural y psicológica de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, esto debido a que uno de los factores que ha provocado la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran es la presión a la que ven sometida sus tierras y territorios.

Por otro lado, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007) señala en su artículo 8 que los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura, lo que va acompañado de la obligación de los Estados de prevenir dicha asimilación, lo que significa que, los Estados deben prevenir todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica, todo acto que tenga por objeto o

consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos naturales, y toda forma de asimilación o integración forzada. Estas obligaciones deben ser cumplidas por los Estados para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas.

En el artículo 26 de esta Declaración también se protege específicamente los derechos pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales:

Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido y a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. Asimismo, los Estados se comprometen a asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos naturales, esto debido a que la protección de estos es clave para asegurar su pervivencia y forma de vida. (Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, p. 10)

Por lo esbozado anteriormente sobre los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, así como lo señalado a lo largo de la presente investigación sobre lo perjudicial que podría resultar el contacto en los PIAVCI, es que, no debería existir una excepción de necesidad pública para poder incursionar en los territorios de estos pueblos (lo que también implicaría un contacto con estos pueblos), para poder explotar recursos naturales, así como lo señalan Quispe y Ruiz, (2017) “no puede realizarse ningún tipo de actividad extractiva o de infraestructura estatal, y menos patrocinada por el Estado, que ponga en peligro la supervivencia de PIAVCI en sus territorios, por más necesidad pública o interés público que se invoque”.

Si bien el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales no es absoluto, ya que puede ser limitada como lo establece la Corte IDH, (2016) señaló que se debe tener en cuenta que existe un límite, el cual es, la supervivencia de los Pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial.

Es por esta razón que, como lo menciona Quispe y Ruiz, (2017): “está prohibida cualquier tipo de actividad extractiva o de infraestructura del Estado que ponga en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas, y en tal sentido, no puede haber ningún tipo de actividad extractiva en territorio donde hay PIAVC”. Toda actividad extractiva y todo proyecto de infraestructura pública en territorio de los pueblos en aislamiento o contacto inicial deben ser rechazados y prohibidos.

Asimismo, la Corte IDH, (2007) ha señalado en la jurisprudencia del Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, que:

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de pueblo indígena, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones. (p. 43)

Es decir, cuando los proyectos ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas, además de la consulta debe obtenerse el consentimiento, lo que ya ha sido ampliamente desarrollado en el punto 3.4.2 de la presente investigación.

Como el contacto y la explotación de recursos naturales tendría un gran impacto sobre los territorios de los pueblos indígenas y sobre los mismos pobladores, es que sería necesario no solo una consulta previa, sino, un

consentimiento para que la obra pueda continuar, el cual no podría ser otorgado, debido a que estos pueblos rehúsan el contacto e incluso reaccionan de manera violenta a este.

En este punto, se debe recordar que la decisión de permanecer aislados es una expresión de la libre autodeterminación de los PIAVCI, lo que implica que el aislamiento expresa un rechazo de cualquier proyecto extractivo o de infraestructura pública.

Las incursiones con fines de extracción y explotación de recursos naturales significan un riesgo para los pueblos en aislamiento y contacto inicial, no sólo por la afectación de sus recursos naturales, sino también por el riesgo inherente de contacto que éstas suponen por la presencia de terceros y por el ruido generado por motores, generadores y otro tipo de maquinaria, ya que, estos pueblos pueden interpretar estos ruidos y perturbaciones como una comunicación proveniente de la población ajena a su territorio. (Taller de Expertos sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, 2013, p. 35).

Un claro ejemplo, sobre la perjudicial de la explotación de recursos naturales en las zonas que ocupan los PIAVCI y sobre el rechazo del acercamiento a personas no indígenas, se dio en nuestro país, puesto que, en el año 2011, un grupo de indígenas del pueblo Mashco Piro en aislamiento apareció en la ribera del río alto Madre de Dios, estos indígenas en diferentes ocasiones habían rechazado el contacto con personas ajenas, mediante ataques con flechas. En el año 2013 otro grupo del pueblo Mashco Piro apareció a las orillas de un río en Madre de Dios.

Según Huertas, (2010) estas apariciones se dieron por la presión de actividades madereras e hidrocarburíferas en la zona, a escisiones internas al pueblo, o a la atracción hacia objetos de metal en los lugares aledaños. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) señala que

estos hechos que se dan en las zonas ocupadas por los PIAVCI, los exponen a un posible contacto y a las consecuencias que este puede tener, como es las afectaciones físicas, psicológicas y morales (p. 68); asimismo, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP resaltó la alta vulnerabilidad y la susceptibilidad de estos pueblos a enfermedades comunes debido al contacto con terceras personas.

Asimismo, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) “la tala ilegal de madera, entre otros factores, ha puesto a los pueblos en aislamiento voluntario en Ecuador en riesgo de desaparecer por completo” (p. 55-56).

En el Perú también se han visto enfrentamientos por la tala de madera, razón por la cual la Comisión Interamericana señaló la necesidad de proteger el derecho de los pueblos indígenas en aislamiento sobre sus recursos naturales, esto debido a que:

El Estado peruano habría creado una Reserva Territorial a favor del pueblo Murunahua, con una extensión de más de 481.000 hectáreas. Según la Defensoría del Pueblo, en 1991 y 1992, antes de la creación de dicha reserva, se otorgaron concesiones para la extracción de madera en territorios que posteriormente formaron parte de la Reserva. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 57)

Posteriormente se denunció que se estarían realizando actividades de extracción de madera dentro en la reserva, respondiendo el concesionario que sus concesiones eran válidas, y que no se les había notificado que se había creado una Reserva. En el año 1999, la Dirección Regional de Agricultura de Ucayali emitió una Resolución Directoral Regional mediante la cual se modificó la extensión original de la Reserva Murunahua, reduciéndola más de 23.000 hectáreas, las mismas que habían

sido concesionadas en 1991 y 1992 para la extracción maderera. Estos hechos reflejan cómo en ocasiones la extracción de recursos naturales pone en riesgo el pleno goce de los derechos humanos de los pueblos en aislamiento sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

Otro ejemplo es que en nuestro país se intentó presentar dos iniciativas parlamentarias, presentada por el legislador Carlos Tubino, los cuales serían proyecto de Ley 1035/2011-CR y el Proyecto de Ley 75/2016-CR, estas iniciativas proponían una vía terrestre que pondría en peligro dos áreas naturales protegidas y una reserva para pueblos indígenas en aislamiento, señalando que se debe declarar de necesidad pública y de preferente interés nacional el desarrollo sostenible en Madre de Dios, priorizando la conectividad terrestre. Debido a esto el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP expresó en su momento que estas áreas naturales protegidas se establecieron para la protección de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y/o contacto inicial y que la propuesta legislativa atentaría contra la integridad de su territorio, además señalan que esta carretera facilitaría la extracción ilegal de madera y oro en la región. La CIDH considera que ello refleja la problemática de establecer excepciones de interés público para la protección efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, debido a que los Estados deben garantizar el derecho de estos pueblos a mantenerse en aislamiento y a la integridad de sus territorios.

Sobre este punto se debe tener en cuenta que el Relator de las Naciones Unidas, Anaya, (2010) expresó su preocupación por el otorgamiento de licencias ambientales que parecieran no tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas, quienes mantienen una especial relación cultural y espiritual con su territorio.

Es por esta razón que, si se quisiera explotar recursos naturales en zonas

ocupadas por los PIAVCI, el Perú podría incurrir en responsabilidad internacional frente a tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ser el responsable por la posible vulneración de derechos de todo un pueblo y posiblemente, responsable de su desaparición, esto debido a que:

La extracción tanto legal como ilegal de recursos naturales constituyen una grave amenaza a la integridad física y cultural de estos pueblos, y su supervivencia exige el reconocimiento de sus derechos a los recursos naturales presentes en sus tierras y territorios, de los cuales dependen para su bienestar económico, espiritual, cultural y físico. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 29)

La Corte IDH, (2007) ha señalado que el Derecho internacional protege el derecho a los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de estos pueblos, la CIDH señala que esta lógica se extiende a todos los elementos de su entorno, ya que son necesarios para su supervivencia y desarrollo físico, cultural, y espiritual y para la continuidad de su estilo de vida.

Esto cobra mayor importancia teniendo en cuenta que el Estado peruano ha reconocido su obligación de implementar procedimientos rigurosos que impidan que las actividades extractivas menoscaben los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, esto mediante el Cuestionario de Consulta sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial, realizada por la CIDH en el año 2013, en el cual se ha citado la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, (2009).

La extracción de recursos naturales, en su mayoría destinados a satisfacer la demanda de las sociedades no indígenas, representan la mayor amenaza

al pleno goce de los derechos humanos de los PIAVCI. Es por esta razón que la según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013) los Estados, en cumplimiento de las obligaciones internacionales y de naturaleza interna, deben asegurar que estos procesos extractivos, si se han de realizar, se realicen en estricto respeto a los derechos humanos y territoriales de los pueblos indígenas, de conformidad con los estándares jurídicos existentes.

Por otro lado, se tiene que tener presente que las actividades extractivas normalmente generan algún tipo de contaminación directa, como es el caso del uso de mercurio en la industria minera, o también se puede dar la posibilidad de un accidente que cause perjuicios enormes al medio ambiente y a los PIAVCI, como por ejemplo en nuestro país, según lo señalado por la periodista ambiental Fraser, (2017) en el año 2016 se reportaron una docena de derrames en el Oleoducto Nor Peruano ubicado en la Amazonía del país, el cual fue construido en los años 70's para transportar crudo desde los remotos yacimientos petrolíferos, pasando por los Andes hasta los puertos en la costa pacífica de Perú, estos derrames provocaron que el crudo viajara 23 kilómetros hasta llegar al río Morona.

Asimismo, como lo señaló Honty, (2016) el año 2016 se dieron dos accidentes de derrames de petróleo, el primero en día 25/01/2016, cuando una fisura del oleoducto Norperuano provocó el derrame de unos 2.000 barriles de crudo que se extendió por la quebrada Inayo en la selva norte de Perú y ha pasado del río Chiriaco al Marañón, afluente del Amazonas. El segundo, el día 03/02/2016, donde al menos mil barriles de petróleo se vertieron en el centro poblado de Mayuriaga, distrito de Morona, en Loreto luego de una rotura en el Ramal Norte del Oleoducto Norperuano manejado por Petroperú. El petróleo llegó hasta el río Mayuriaga, a 13 kilómetros del punto de la rotura, desde donde llegó al río Morona, otro afluente del río Marañón.

Existe una relación directa entre el ambiente físico en el que viven las personas, y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física ya que están necesariamente vinculados. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos. Tanto la CIDH como la Corte IDH han articulado una serie de obligaciones estatales referentes a la preservación de una calidad medioambiental que permita el disfrute de los derechos humanos. Los Estados parte de la OEA deben prevenir la degradación del medio ambiente para efectos de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos en el marco del sistema interamericano. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 82-83)

Cuando se trata de pueblos indígenas, la protección de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios ancestrales, y de la integridad medioambiental de tales territorios, es necesaria para garantizar los derechos de sus miembros, tales como la vida, la dignidad, la integridad personal, la salud, la propiedad, la privacidad o la información. Estos derechos resultan directamente afectados con la polución, la deforestación, la contaminación de las aguas, u otros tipos de daños ambientales ocurren en los territorios ancestrales. Ello implica que el Estado está obligado a adoptar acciones preventivas y positivas orientadas a garantizar un medio ambiente que no comprometa la capacidad de las personas indígenas de ejercer sus derechos humanos más básicos, esto debido a que la CIDH ha reconocido el vínculo entre la protección del medio ambiente y el derecho a la salud.

En este punto es importante mencionar lo señalado por la Corte IDH, (2020) que ha recalcado que es muy importante, debido a que es la última

sentencia relacionada a pueblos indígenas y porque es la primera vez en un caso contencioso, la Corte analizó los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana.

La Corte IDH, (2020) asevero en el caso Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina que: “el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad” (p. 70), por lo que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales.

Cuando se habla de un medio ambiente sano, no solamente existe una obligación de respeto (referido al respeto de los derechos humanos) si no también una de garantía, establecidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, razón por la cual el Estado debe procurar el respeto y garantía del derecho a un medio ambiente sano.

La Corte IDH, (2020) también señala que:

El principio de prevención de daños ambientales forma parte del derecho internacional consuetudinario, y entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias *ex ante* la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020, p. 72)

Es por esta razón que los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al ambiente.

Diversos derechos pueden verse afectados a partir de problemáticas ambientales y que ello puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentran los pueblos indígenas. Es por ello que, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación

Teniendo en cuenta todo lo señalado anteriormente sobre los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, así como su derecho a un ambiente físico óptimo y a un medio ambiente sano, además del respeto del principio de no contacto y su decisión de permanecer aislados, es que se debe eliminar de la legislación interna la excepción de necesidad pública, esto debido a que, si se mantiene esta excepción no se estarían respetando los derechos de los PIAVCI y el Perú incurriría en responsabilidad internacional, siendo el único responsable de la posible desaparición de una cultura.

Para hacerlo más claro, la responsabilidad internacional del Estado peruano al que hago mención en el punto anterior, se daría en base al artículo 21 de la Convención América sobre Derechos Humanos, (1969), que consagra el derecho de propiedad privada y que protege el derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, ya que, según lo señalado por la Corte IDH, (2012) “no reconocer el derecho de propiedad de los pueblos indígenas significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas” (p. 40).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009) ha establecido que:

El artículo 21 de la Convención Americana incluye el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar

libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico, lo cual a su turno contiene el derecho a disfrutar de la relación espiritual particular con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. (p. 73)

Pero esto no quedaría aquí, ya que, si el contacto resulta tan perjudicial como se ha señalado a lo largo de la presente investigación, el Perú también incurriría en responsabilidad por vulnerar los derechos a la vida, a la integridad personal física, psíquica y moral, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento y expresión, su derecho de honra y dignidad, derechos de los niños y niñas, su derecho de personalidad jurídica, etc.

4.3. LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PIAVCI DEBIDO A UNA MALA E INEFICIENTE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 28736 Y SU REGLAMENTO DECRETO SUPREMO N° 008-2007-MIMDES, MODIFICADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 008-2016-MC. RECOMENDACIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PIAVCI:

A lo largo de la presente investigación se ha resaltado la importancia del respeto del principio de no contacto, así como el respeto de la decisión de los PIAVCI de permanecer en aislamiento, la dificultad de poder realizar una consulta previa, libre e informada a estos pueblos y la importancia del respeto de sus tierras, territorios y recursos naturales y de esta manera proteger sus derechos individuales y colectivos. Sin embargo, en la legislación peruana, tanto en la (Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, 2006), así como en su Reglamento Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, (2007) y su posterior modificatoria (Decreto Supremo N° 008-2016-MC, (2016) no se han desarrollado algunos de estos

puntos, otros se han desarrollado de una forma muy simple y poca garantista del respeto de sus derechos y lo peor de todo, algunos de sus derechos más importantes, los cuales son sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, han sido completamente vulnerados mediante la implementación de la excepción de necesidad pública.

Es por esta razón que se realizará una crítica a Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) y su Reglamento; asimismo, se darán algunas recomendaciones para asegurar y garantizar los derechos de los PIAVCI y evitar que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional por la vulneración de los derechos a estos pueblos, y para preservar una cultura que ha permanecido intacta en la amazonia peruana por cientos de años.

Lo primero que se debe resaltar es lo escueta que es esta Ley, a pesar de tratarse de una norma tan importante cuya finalidad es la protección de los derechos de un grupo de la población que está en una situación de extrema vulnerabilidad y que puede llegar a desaparecer por el avance de la sociedad civil en zonas de la amazonia peruana, perdiéndose así, una cultura para siempre.

Una de las críticas más importantes, es que no se contempla en ninguna parte de la Ley, ni de su Reglamento, el principio de no contacto, el cual es la norma rectora y más importante para garantizar los derechos de los PIAVCI, como ya se señaló a lo largo del presente capítulo. Sin bien se señalan derechos como el respetar su decisión respecto de la forma y proceso de su relación con el resto de la sociedad, el de garantizar su cultura y sus modos tradicionales, el carácter intangible de las reservas indígenas, etc., no hay un artículo específico del principio de no contacto.

Para poner más en claro la importancia de estipular el principio de no contacto, primero se debe definir que es un principio. Según la Real Academia Española, el significado de principio es la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia; o una Norma o idea fundamental que

rige el pensamiento o la conducta.

Asimismo, como lo establece Atienza y Ruiz, (s.f.) los principios se pueden definir en diferentes sentidos, como en el sentido de norma programática o directriz; esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines, también lo definen en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, y por último, en el sentido de una norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.

Los principios señalan aquellas conductas que se consideran valiosas y, por tanto, deben ser realizadas. Los principios constituyen un tipo de norma que orientan la acción de las personas, prescribiendo o prohibiendo algo. Asimismo, señalan algunos caracteres de los principios como: a) Son fundamentales, establecen las razones, explican el por qué debe realizarse o no un comportamiento. b) Son generales, prescriben de una manera genérica, marcan el límite que no debe ser traspasado. c) Los principios cumplen dos funciones: validez y conocimiento; definen las conductas válidas y ayudan a que se conozcan las líneas que deben guiar nuestra actuación. (Derechoured, 2019)

Por ende, al ser el principio de no contacto una directriz, que expresa los valores superiores de la protección de los PIAVCI y que orientan el accionar del Estado y de terceras personas, resulta necesario regularlo, más aún cuando la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) tiene por objeto establecer el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los PIAVCI, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad. Asimismo, a lo largo de la presente investigación he señalado lo perjudicial que puede llegar a ser el contacto a este tipo de pueblos, razón por la cual, el hecho que no esté regulado y legislado podría significar que personas ajenas a estos pueblos entren en contacto con ellos, ya que no existe una

norma específica que les impida lo contrario. Si bien existen las zonas intangibles y la imposibilidad de ingresar a estas, se debe recordar que el Perú es el segundo país con mayor cantidad de PIAVCI y muchos de ellos aún no han sido descubiertos, de otros solo se tiene indicios de su existencia y otros son pueblos nómades, es decir, no habitan un lugar fijo, razón por la cual no todos estos pueblos se encontrarían en las reservas protegidas, siendo necesario legislar el no contacto. Cabe mencionar que en el Reglamento de la ley tampoco se hace mención al principio de no contacto.

Por otro lado, el mayor problema que se observa en la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) es su inciso c) del artículo 5, ya que, “constituye una amenaza inminente a los derechos humanos de los PIAVCI” (actua.pe, 2018), esto debido a que dicho artículo señala lo siguiente:

Artículo 5.- Carácter intangible de las reservas indígenas: Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales. En ellas:

c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley. (Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, 2006)

Como ya se señaló muy ampliamente a lo largo de toda la investigación, los pueblos indígenas son titulares de sus tierras, territorios y recursos naturales. Si

bien este derecho no es absoluto, ya que puede ser limitado mediante los procedimientos señalados por ley, se debe tener en cuenta que existe el límite de la salvaguarda de la integridad física, psíquica y moral de los pobladores debido a la posibilidad de un contacto, además de lo perjudicial que podría llegar a ser la pérdida de sus recursos de sustento, ya que, por ejemplo una pequeña parcela podría ser fuente de alimentación de todo un pueblo y su destrucción o contaminación podría llegar a ser incluso letal para este pueblo. La idea se complementa, con el hecho de que no existe ningún tipo de extracción de recursos naturales en la zona que ocupan los PIAVCI que no afecten sus derechos, ya que, cualquier tipo de extracción o aprovechamiento de recursos naturales a pequeña, mediana o gran escala implica necesariamente un contacto, debido al desplazamiento de maquinaria, generadores, y demás, que generarían ruidos y perturbaciones, esto sin contar el desplazamiento de trabajadores, químicos, etc.

Por otra parte, se señala que se debe realizar un estudio ambiental, el cual según Actualidad Ambiental, (2016) “es un instrumento de gestión ambiental preventivo que busca identificar cuáles son los impactos ambientales que puede generar un proyecto de inversión o actividad económica” (p. 12). Razón por la cual tendría el mismo problema señalado en el párrafo anterior, debido a que cuando se desee hacer dicho estudio, se podría entrar en contacto con este tipo de pueblos, de forma directa o incluso indirecta.

El segundo problema y posiblemente el mayor, es la última parte del inciso c) del artículo 5, de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) el cual señala 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”. Esto se ve complementado con el artículo 35° del Reglamento, en el que se señala el proceder para el Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.

Es decir, por una excepción de necesidad pública se permitiría el aprovechamiento

de recursos naturales en las zonas que habitan los PIAVCI, por lo que, el Estado peruano sería el primer promotor de la vulneración de los derechos de estos pueblos. Si bien la necesidad pública se da para poder atender las necesidades básicas de la población, se debe tener en cuenta que el otro extremo se encuentra las vulneraciones a los derechos de toda una población y su posible desaparición. Este punto también ha sido ampliamente desarrollado en el presente capítulo, llegando a la conclusión de que no es posible argumentar la necesidad pública para poder realizar actividades de extracción de recursos naturales en los territorios de los PIAVCI, más aún, teniendo en cuenta que la necesidad pública no es equiparable con la desaparición de una cultura, es especial en nuestro país, debido a la estable economía que el Perú ostenta y que:

La economía peruana crecerá en torno al 4,7% en el periodo 2019 - 2022, esto de acuerdo a las proyecciones hechas por diferentes instituciones como el LatinFocus Consensus Forecast, que señaló que el Producto Bruto Interno (PBI) del país se expandirá de forma creciente entre los años 2019-2022. Asimismo, el Fondo Monetario Internacional (FMI) publicó su revisión de “Perspectivas Sobre la Economía Peruana”, en la que destaca que el Perú continúa siendo uno de los países líderes de América Latina en crecimiento y reducción de pobreza en las últimas dos décadas, razón por la cual no se podía argumentar la necesidad pública como excepción en el aprovechamiento de recursos naturales. Por último, el Banco Central de Reserva (BCR), señaló en su Reporte de Inflación que el crecimiento de la economía peruana en el 2019 habría sido de 2.3%, la cual sería la segunda más alta frente a las principales economías de la región, después de Colombia, además de que el Perú presenta el riesgo país más bajo entre las principales economías de América Latina. (Narváez Liceras, 2008, párr. 26)

Es por esta razón, que la excepción de necesidad pública tendría que ser eliminada del ordenamiento jurídico para así poder garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial y al mismo

tiempo evitar la posible responsabilidad internacional que podría tener el Estado peruano por la vulneración y desaparición de toda una cultura.

En este punto surge otra controversia, sobre las concesiones de aprovechamiento de recursos naturales otorgadas antes de que se tome conocimiento de la existencia de un PIAVCI en las zonas de dicha concesión, así como las concesiones que fueron otorgadas antes de la creación de las reservas indígenas. Esta es una pregunta interesante, ya que vuelven a colacionar dos derechos, por un lado, la seguridad jurídica de la empresa que concesiono con el Estado y que obtuvo sus derechos antes del conocimiento de la existencia del pueblo indígena y, por otro lado, los derechos de los PIAVCI como el de la vida, la salud a la integridad física, psíquica y moral, etc. Estos derechos brindan una protección reforzada, en atención a su extremada vulnerabilidad inmunológica, ambiental y social.

En mi opinión la respuesta es más que obvia, el derecho que debe primar es el de los pueblos indígenas, esto por muchos motivos, el primero es que, si bien el reconocimiento de este pueblo fue posterior a la concesión, los pueblos indígenas han ocupado estos territorios por cientos de años, es decir, la alegación de las empresas concesionarias de primer derecho adquiriera es nula, debido a que estos pueblos tienen posesión y derecho de propiedad de estas tierras mucho antes que los concesionarios. Además, se debe tener en cuenta la estrecha relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos naturales, tema que ya fue ampliamente abordado en el presente capítulo, además de la obligación de los Estados de brindar títulos de propiedad de sus tierras ancestrales a los pueblos indígenas.

En segundo lugar, porque al hacer un test de proporcionalidad, se debe de proteger aquellos derechos que tienen mayor conexión con la vida y la salud, y no se puede equiparar los derechos a la vida, a la integridad personal física, psíquica y moral, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento y expresión, su derecho de honra y dignidad, derechos de los niños y niñas y muchos otros más, contra el derecho de seguridad jurídica de las empresas que han concesionado un

determinado territorio para extracción de recursos naturales.

Quispe y Ruiz, (2017) señalan una serie de argumentos para declarar nulas las concesiones forestales que se superponen en territorios en los que habitan los PIAVCI, entre las más importantes tenemos que: La Quinta Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 29763, así como el artículo 60 del Decreto Supremo N° 21-2015-MINAGRI que establece claramente que no puede haber concesiones forestales en territorios de PIAVCI, por una razón evidente, estas resultan incompatibles con los principios de intangibilidad de su territorio o al principio de no contacto. El hecho que haya una concesión forestal antes de la creación de la reserva territorial, no elimina el peligro que sobre estos PIAVCI se cierne.

Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú, (2009) ha señalado un conflicto entre el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, en San Martín, y la explotación del Lote Petrolero 103 operado por Repsol, anterior en el tiempo a la creación de la mencionada Área Natural Protegida, señalando que, no es un criterio cronológico el que debe resolver el conflicto, sino que debe optarse por proteger el bien jurídico más importante, en este caso el medio ambiente. Es decir, por más que haya una empresa extractiva que tenga derechos adquiridos, el criterio para solucionar el conflicto no es quién estuvo antes. Lo que debe prevalecer es la protección de aquellos bienes jurídicos más importantes.

El TC señala que prevalece la protección del medio ambiente sobre la actividad extractiva de la empresa petrolera que obtuvo sus concesiones forestales con anterioridad a la creación de la reserva natural, esta jurisprudencia es aplicable a los PIAVCI y las concesiones, debido a que en este caso prevalecería los derechos de estos pueblos (como el de vida e integridad personal) sobre las actividades extractivas.

Por otro lado, la Corte IDH, (2007) ha señalado que el Estado de Surinam debe revisar las concesiones otorgadas en el territorio tradicional Saramaka a la luz de lo señalado en dicha sentencia (acceso a la participación, la forma de llevar a cabo

la consulta, etc.), con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka. Por lo que la seguridad jurídica no puede ser invocada para justificar violaciones a los derechos humanos, debiendo revisar las concesiones pasadas cuando exista violación de derechos de pueblos indígenas.

Por todas estas razones, se llega a la misma conclusión, no es posible invocar la excepción de necesidad pública para realizar actividades de extracción de recursos naturales en las tierras y territorios ocupados por PIAVCI, a pesar de que exista una concesión otorgada a un empresa extractiva que haya sido dada con anterioridad de tomar conocimiento de la existencia de uno de estos pueblos o haber sido otorgada con anterioridad a la creación de una reserva natural para la protección de estos pueblos, razón por la cual se debe modificar el literal c) del artículo 5 de la (Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, 2006), para así garantizar los derechos de la PIAVCI. Esto conforme a lo señalado por la Defensoría del Pueblo del Perú (2016) que recomendó al Congreso de la República, modificar el artículo 5.c de la Ley N° 28736- Ley PIACI, a fin de garantizar la intangibilidad, sin excepción de necesidad pública.

Por último, en cuanto al derecho de consulta previa, libre e informada, de debe tener en cuenta que no se hace mención en ninguna parte de la Ley ni de su Reglamento, el correcto proceder para realizar una consulta previa a los PIAVCI, lo cual no es de sorprender debido a que ni siquiera internacionalmente se tiene un acuerdo sobre el debido proceder con estos pueblos o siquiera si es posible realizar una consulta previa.

Como ya se definió, la consulta es el derecho a ser oído para así obtener el consentimiento previo, libre e informado sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas y así tener una participación directa en la toma de decisiones a través de un diálogo intercultural y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos

individuales y colectivos. Esta consulta previa se realizaría en los casos señalados en el artículo 6° de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) sobre Autorizaciones excepcionales de ingreso a las reservas. En los puntos anteriores del presente capítulo desarrolle extensamente que el principio de no contacto se debe respetar a cabalidad y que los únicos casos donde se podría entrar en contacto con estos pueblos, es para salvaguardar los derechos que están siendo vulnerados por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada ajenas a su pueblo, e incluso señalé que si era posible realizar actuaciones sin entrar en contacto con estos pueblos, estas deberían ser asumidas sin realizar una consulta previa, para así evitar el contacto y provocar mayores perjuicios.

Lo que faltaría agregar en el artículo 6° de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) es que esas autorizaciones excepcionales deberán hacerse bajo parámetros establecidos para respetar los derechos de los PIAVCI, estos parámetros podrían introducirse en su Reglamento, en artículos sobre el correcto proceder cuando se autoriza las excepciones de ingreso. Estos artículos deberán ser detallados y girar en torno a temas como: las razones que no permiten un ingreso, las razones que sí permiten el ingreso (vulneración de derechos por parte de toda persona natural o jurídica, pública o privada) y el correcto proceder para que el Estado pueda intervenir, que será mediante una consulta previa, libre e informada, la cual será suspendida si hay un evidente rechazo por parte de los miembros de este pueblo. Asimismo, se deberá modificar el inciso a) del artículo 6, debido a que este contempla el ingreso en situaciones de riesgo para la salud de los pueblos indígenas o poblaciones colindantes, pero sin especificar qué tipo de riesgos, ya que podrían ser debido a desastres naturales o producto del contacto por personas ajenas al pueblo y como ya lo señalé, solo en el segundo caso se podrá intervenir para salvaguardar sus derechos.

Si bien existe una Ley específica sobre consulta Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio

169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011), en ninguna parte de la ley se menciona a los PIAVCI, razón por la cual se debería legislar esta consulta previa.

Hay distintas posibilidades para poder realizar esta legislación sobre consulta previa a los PIAVCI, la primera sería creando una nueva Ley, que sea específica sobre consulta previa en los PIAVCI y que contenga todas las salvedades señaladas en el presente capítulo, a mi parecer sería la mejor opción ya que sería una ley especial que responde a condiciones especiales de estos pueblos (el aislamiento y el no contacto). La segunda opción, sería modificar la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011), y así agregar a los PIAVCI y, por último, la tercera opción sería regular la consulta previa en la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), y su Reglamento Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, (2007), para así poder agregar la posibilidad de realizar una consulta previa en la misma ley sobre pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y señalar el correcto proceder de esta consulta en su Reglamento. Cualquiera de las opciones que se tome, se tendría que hacer en pro de la defensa de los derechos de los PIAVCI.

Por último, me parece importante analizar algunas normas que tienen alguna implicancia sobre los PIAVCI y verificar si están siendo garantistas del respeto de sus derechos. La primera sería la Directiva N° 004-2014-VMIMC, Normas, Pautas y Procedimiento que regulan las Autorizaciones Excepcionales de Ingreso a las Reservas Indígenas aprobada mediante Resolución Viceministerial N° 012-2014-VMI-MC del año 2014, esta norma está bien desarrollada en cuanto a los principios de protección de estos pueblos, como son:

- El Principio de prevención: Las acciones están orientadas a la preparación logística y financiera para actuar cuando sea necesario, además de evitar cualquier intento de contacto y facilitar su denuncia.
- Principio de alta vulnerabilidad: De suceder el contacto, éste constituye una urgencia y el Estado debe estar preparado para afrontarla y mitigar sus efectos negativos en su vida y salud.
- Principio de No Contacto: El evitar el contacto con dichas poblaciones constituye una de las normas de conducta clave
- Principio Pro-Homine: Aplicación preferente de una norma que optimice el derecho constitucional y reconozca la posición prioritaria de los derechos fundamentales. (Ministerio del Ambiente, 2014)

Se puede observar un punto innovador, debido a la inclusión del principio de no contacto, asimismo se desarrollado otros ingresos excepcionales y la forma en la que se debe solicitar este ingreso; sin embargo, estas autorizaciones excepcionales son en base a lo establecido artículo 6 de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), que como ya señale en los párrafos anteriores, no tiene una mayor crítica más que un modificatoria al inciso a) de dicha Ley y la inclusión de la consulta previa, cuando sea absolutamente necesario entrar en contactos con estos pueblos y solo para salvaguardar sus derechos. Un punto importante que puede observar, es que no se hace ninguna referencia al mayor problema observado en la Ley N° 28736, el cual es la excepción de ingreso a las reservas indígenas para la explotación de recursos naturales por necesidad pública. Si bien es un avance importante ya que se señala los principios garantistas para la protección de sus derechos humanos, aún no se está protegiendo en su totalidad a estos pueblos.

Por otra parte, el Ministerio de Cultura, (2007) mediante Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, Aprueban Procedimientos internos del Ministerio en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa a pueblos indígenas u originarios en la medida que se advierta afectación directa a sus derechos colectivos del año

2007, en esta norma se establece la obligación de realizar consulta previa a determinadas entidades estatales para realizar la categorización de las Reservas Indígenas en favor de los PIAVCI. Sobre el tema de consulta previa se ha hablado extensamente y se ha señalado las recomendaciones y prohibiciones correspondientes para la protección de los derechos de los PIAVCI, sin embargo, se debe señalar que esta norma no establece en realidad una consulta previa, esto debido a que la consulta es un diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado para así obtener su consentimiento previo, libre e informado sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente sus derechos; razón por la cual la presente medida no sería una consulta previa, ya que no plantea un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, por esta razón:

Una decisión que es consultada a otras personas que no son los pueblos indígenas afectados, evidentemente no se le puede considerar consulta previa, como pretende hacernos creer el Ministerio de Cultura con la consulta de la categorización de las reservas indígenas que la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC pretende. Tampoco lo es la pretendida consulta del plan nacional de protección de los PIAVCI, pues no se consultará a los pueblos indígenas afectados o que podrían resultar afectados, sino a expertos y a organizaciones indígenas nacionales diferentes, por lo que, se está vaciando de contenido la consulta previa pues se afecta el contenido esencial de este derecho, desnaturalizándolo. (Quispe & Ruiz, 2017)

La consulta a organizaciones indígenas en representación de los PIAVCI es riesgosa, pues nunca se puede descartar la posibilidad que haya organizaciones indígenas cuya voluntad no sea la defensa de los PIAVCI, sino otros intereses, pudiendo terminar imponiéndose la voluntad de estas organizaciones indígenas sobre la voluntad de los PIAVCI. La actuación de las organizaciones indígenas solo será válida en la medida en que asegure el respeto de la voluntad de estos pueblos. Cualquier actuación que no sea la defensa de la supervivencia de los PIAVCI será peligrosa.

Es por esta razón, esta Resolución Ministerial también tendría que ser modificada teniendo en cuenta todas las recomendaciones dadas en el presente capítulo y así asegurar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Por último, se tiene al Decreto Legislativo N° 1374, Decreto Legislativo que establece el Régimen Sancionador por Incumplimiento de las Disposiciones de la Ley N° 28736, Ley Para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial, (2018) esta norma y su Reglamento son muy importante ya que establece el marco normativo para que el Ministerio de Cultura pueda ejercer su potestad sancionadora contra aquellas personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que atenten contra los derechos de los PIAVCI, es decir, para aquellos que incumplan lo establecido en la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) pero las normas sobre este tipo de pueblos siguen siendo insuficientes, ya que no solamente se puede limitar a la sanción de las personas que vulneren sus derechos, sino se tiene que tratar de eliminar todo tipo de amenaza para estos pueblos. Es por esta razón que:

Si bien resulta positivo tener un marco normativo que tipifique las infracciones y se establezcan las sanciones correspondientes para aquellos que atenten contra los derechos de los PIAVCI, también presenta falencias bastantes cuestionables, pues no parece buscar la protección de estos pueblos en aislamiento y contacto inicial. (AIDSESEP, 2018)

La falla más grande que se puede observar en este decreto es su artículo 6.1 literal b), esto debido a que se sigue vulnerando la intangibilidad de las tierras y territorios de los pueblos indígenas para explotar recursos naturales en base a la excepción de necesidad pública, tal y como sucede en 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, (2006), es por esta

razón que, “el artículo 6° literal b) del Decreto Legislativo N° 1374 resulta ilegal e inconstitucional al establecer que constituye infracción normativa realizar actividades de aprovechamiento de recursos naturales distintos a la necesidad pública” (AIDSESP, 2018).

La Defensoría del Pueblo del Perú, (2018) mediante la Nota N° 304/OCII/DP/2018, hizo un llamado al Ejecutivo y a los Gobiernos Regionales a proteger el territorio de los PIAVCI y destaca que la categorización de las reservas territoriales debe respetar los mismos estándares de protección considerados al momento en que fueron creadas, ya que dichas normas proporcionan una mayor protección y salvaguarda a los derechos de los PIAVCI sobre cualquier actividad económica y/o extractiva dentro de sus territorios, respetando así el principio de intangibilidad.

Por lo que, normar un procedimiento sancionador no es suficiente, se debe realizar toda una modificación de las normas que involucren a los PIAVCI y así evitar vulneraciones de derechos y posible responsabilidad internacional por parte del Estado peruano, así como establecer las normas rectoras de protección de este tipo de pueblos, para así evitar que las futuras legislaciones sigan vulnerando sus derechos y para que el Perú se convierta en un país líder y ejemplo de la protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial y pueda ser tomado como modelo por otros países.

4.4. MODIFICATORIAS QUE SE DEBEN REALIZAR A LA LEY N° 28736 PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL.

En el punto anterior realice todas las críticas a la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) así como su Reglamento (Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos

Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, (2007) y algunas otras leyes que pueden concernir a los PIAVCI, es por esto que a continuación desarrollare brevemente una propuesta legislativa de algunos artículos que se deben incorporar, así como señalar cuales deben cambiarse y cuales deben derogarse, para que así, la Ley sea garantista de la protección de los derechos de los PIAVCI.

En primer lugar, se verá la implementación de los principios, los cuales son directrices, que expresan los valores superiores de la protección de los PIAVCI y que orientan el accionar del Estado y de terceras personas, algunos de estos principios son tomados de la misma legislación peruana como es la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (2011) y otros principios son tomados de la legislación internacional

Principios rectores:

- 1. Principio de No Contacto:** Este principio debe entenderse siempre como básico y fundamental en todas las situaciones relacionadas con los PIAVCI; este es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial a no mantener una relación sostenida con personas ajenas a su pueblo, y que, se respete este aislamiento en el que ellos mismos han decidido vivir. De este modo el evitar el contacto con dichas poblaciones constituye una de las normas de conducta clave, ello ante su estado de alta vulnerabilidad en la que se encuentran ante el contacto con poblaciones foráneas.
- 2. El Principio de Prevención:** Dado que no son posibles intervenciones directas de protección en los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, las principales acciones del Estado están orientadas a la preparación logística y financiera para actuar cuando sea necesario, además de evitar cualquier intento de contacto y facilitar su denuncia.

Para pueblos en situación de contacto inicial se podrán adoptar medidas destinadas para proteger sus derechos en las áreas geográficas que ocupan, respetando su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado.

- 3. Principio de Alta Vulnerabilidad:** El contacto significa, para los PIAVCI, un riesgo muy alto para su vida, integridad personal, salud física, psíquica y moral, entre otros. Por lo que, de suceder el contacto, éste constituye una urgencia y el Estado debe estar preparado para afrontarla y mitigar sus efectos negativos que se podrían generar
- 4. Principio de Autodeterminación:** Derecho de los PIAVCI a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente sin injerencias externas, en el caso de los PIAVCI, esto puede comprender su decisión de mantenerse en aislamiento o sus formas selectivas de contactos o convivencia.
- 5. Principio de Prevención de Daños Ambientales:** Es la obligación del Estado de llevar adelante las medidas que sean necesarias ante la posible producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente. El Estado usará todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al ambiente.
- 6. Principio Pro-Homine:** Debe entenderse como la aplicación preferente de una norma que optimice el derecho constitucional y reconozca la posición prioritaria de los derechos fundamentales; proporcionando un mayor grado de protección y salvaguarda a los derechos de los PIAVCI sobre cualquier actividad. (Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011)

En segundo lugar, se debe modificar el artículo 2 de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) el cual contempla algunas definiciones, esto a efecto de incluir el concepto de contacto, y su división en dos, directo e indirecto, quedando de la siguiente manera:

Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley se consideran:

- a) **Contacto:** Es la acción de crear algún tipo de relación, vínculo, comunicaron, enlace, encuentro o conexión con un pueblo indígena en aislamiento voluntario o contacto inicial. Por sus características el contacto puede ser:
 - a. Contacto directo: Es la que realiza cualquier tipo de persona ajena al Pueblo indígena en aislamiento voluntario o en contacto inicial, de manera deliberada, es decir, con la intención de tener algún tipo de comunicación con estos pueblos, siendo este el tipo de contacto más perjudicial. Algunos de los contactos directos se dan debido a narcotráfico, empresas transnacionales, proyectos turísticos, misioneros religiosos, minería y tala ilegal, entre otros.
 - b. Contacto indirecto: Es cuando no se establece una relación o comunicación con un Pueblo indígena en aislamiento voluntario o en contacto inicial, pero de alguna manera ocasión que estos pueblos tomen conocimiento de la existencia de personas foráneas, como por ejemplo cuando personas ajenas se incursionan en los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento y dejan objetos que podrían ser encontrados por los pobladores indígenas como herramienta, comida, basura, etc., los cuales pueden transmitir ciertas enfermedades infectocontagiosas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

En tercer lugar, se debe realizar la modificación del artículo 5, inciso 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, (2006) debido a que este artículo contempla la excepción de la intangibilidad de las reservas indígenas por motivos de explotación de recursos naturales, invocando la necesidad pública.

Como ya expliqué ampliamente a lo largo de la investigación este artículo es totalmente vulneratorio de los derechos de los PIAVCI, es por esto que se deberá modificar dicho artículo a efecto de derogar así los temas de estudio ambiental y aprovechamiento de recursos naturales por necesidad pública. Es más, al tratarse el artículo 5 sobre el carácter intangible de las reservas indígenas, se deberá modificar el inciso 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, (2006) para así prohibir textualmente la necesidad pública, quedando el artículo de esta manera:

Artículo 5.- Carácter intangible de las reservas indígenas: Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales. En ellas:

c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial. La explotación de recursos naturales por necesidad pública, no podrá ser aplicable de ninguna manera sobre los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial.

Como se está modificando la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) respecto al aprovechamiento de recursos naturales dentro de sus

tierras y territorios, se debe derogar de igual manera el artículo 35 del Reglamento de la Ley N° 28736, Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, (2007), modificado mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MC, (2016), referido al aprovechamiento de recursos por necesidad pública.



CONCLUSIONES:

1. Para asegurar una cabal protección de los PIAVCI, es necesario hacer una serie de cambios en la legislación, para así, poder proteger verdaderamente a estos pueblos y que el Perú sea visto internacionalmente como un país protector de los derechos humanos de toda la población, sin excepción ni discriminación, y pionera de la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Los principales cambios y modificaciones que se deben realizar es en la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), ya que, es la ley específica sobre PIAVCI. En primer lugar, se deben agregar a la ley varios principios como son: Principio de No Contacto, el Principio de Prevención, Principio de Alta Vulnerabilidad, Principio de Autodeterminación, Principio de Prevención de Daños ambientales y Principio Pro-Homine, esto debido a que son directrices que expresan los valores superiores de la protección de los PIAVCI. En segundo lugar, es importante introducir el significado de “contacto” y las formas que estas se pueden dar, esto debido a que, si se prohíbe el contacto, se debe dejar muy en claro cuáles son las prácticas prohibidas, para así evitar confusiones o vacíos legales y, por último, se debe eliminar la excepción de la intangibilidad de las reservas indígenas por motivos de explotación de recursos naturales, invocando la necesidad pública, ya que, por más que se invoque una necesidad pública, la afectación a los derechos de los PIAVCI puede ser de tal magnitud, que podríamos perder una cultura para siempre y por supuesto, incurriríamos en responsabilidad internacional por claras vulneraciones a los derechos de estos pueblos.
2. Se debe respetar todos los derechos de los PIAVCI, pero cuando se enfrenta el principio de no contacto, con algún otro derecho, como por ejemplo la consulta previa, el derecho que debe primar para su mayor protección es el principio de no contacto, ya que, este garantiza el goce de los demás derechos de los pueblos en aislamiento, esto conforme a lo estipulado por la CIDH que señala que la premisa fundamental del respeto a los derechos de los PIAVCI, es el respeto al no contacto y a su elección de permanecer en aislamiento. El contacto siempre ha resultado negativo, debido a que supone una afrenta a su cosmovisión y a su manera de

entender el mundo que los rodea, es por esta razón que, si se elimina el contacto no deseado, desaparecería la mayoría de amenazas contra estos pueblos y se garantizaría sus derechos. Adicionalmente a esto, el no contacto es la manifestación de la libre autodeterminación e identidad cultural de los pueblos indígenas y, por último, el no contacto forma parte de *lex specialis*, por lo que, al haber una norma especial sobre los PIAVCI, esta debe primar sobre la norma de los pueblos indígenas de carácter general.

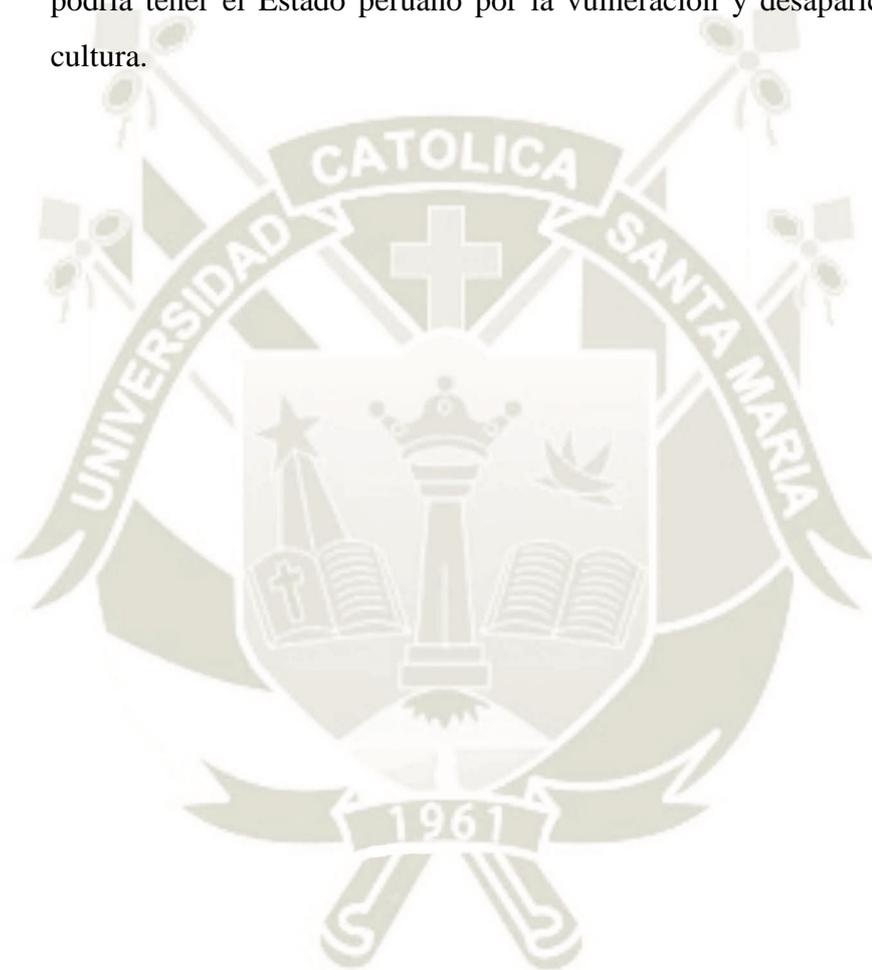
3. Como regla general, el principio más importante es el de no contacto y este solo puede darse si es propiciado por los PIAVCI, sin embargo, siempre existen algunas excepciones a la regla general teniendo en cuenta las diferentes circunstancias y contextos, para así poder realizar una legislación promotora de la defensa de sus derechos, como por ejemplo en el caso de desastres naturales, en primera instancia, tendría que medirse la intensidad de este, ya que, los pueblos indígenas han sobrevivido por miles de años de manera autosuficientes a los desastres que se han podido presentar, pero si estos tienen una magnitud tal, que podría poner en grave riesgo al pueblo o incluso desaparecerlo y el Estado no interviene, el Perú podría incurrir en responsabilidad internacional por su inacción u omisión, por lo que, el actuar del Estado depende de la intensidad del desastre natural, procurando en la medida de lo posible, de no entrar en contacto con estos pueblos, ya que, lo que se busca es ayudarlos, no perjudicarlos más.

Por otro lado, se tiene el riesgo de contacto directo o indirecto por parte de terceras personas, razón por la cual se tiene que legislar no solo mediadas de protección, sino medidas en caso se dé el contacto, así como sus respectivas sanciones, por lo que, si se toma conocimiento de un contacto con estos pueblos, de parte de una persona o grupo de personas, autoridad, empresa, entidad o de miembros de los gobiernos locales, nacionales y/o extranjeros, el Estado deberá tomar medidas que puedan eliminar dicho contacto tratando en lo posible de no entrar en contacto con ellos, es decir, el Estado debe eliminar el contacto, pero sin incurrir este mismo en un contacto, ya que sería un acto fútil, debido a que sería el mismo Estado quien estaría vulnerando sus derechos. Sin embargo, si es absolutamente necesario que entren en contacto, ya que, es la única manera de eliminar el contacto o la

afectación producido por los terceros, se podrá realizar una consulta previa, libre e informada, bajo todos los estándares de protección, que tenga como único fin el de salvaguardar los derechos del pueblo, pero que no se ciñan estrictamente a las reglas generales de la consulta, ya que, si hay un rechazo evidente o manifiesto al contacto, se tendrá que suspender las medidas que el Estado intentaba implementar.

4. En la actual legislación del país se puede observar que existe una colisión de derechos, de un lado, el no contacto, y del otro lado, la explotación de recursos naturales por razones de necesidad pública, este enfrentamiento de derechos se resuelve haciendo un test de proporcionalidad, es decir, se debe sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, o de definir cuál ha de prevalecer. Cuando colisionan dos derechos, se debe proteger aquellos derechos que tienen mayor conexión con la vida y la salud, por lo que, si bien la necesidad pública se da para poder atender las necesidades básicas de la población, se debe tener en cuenta que el otro extremo se encuentra las vulneraciones a los derechos de toda una población y su posible desaparición. Los pueblos indígenas tienen una estrecha relación con sus tierras, territorios y recursos naturales, ya que, como lo señala la CIDH, estos están directamente relacionados con su libre determinación y mantienen una relación material de aprovechamiento y consumo sustentable de sus recursos naturales, así como una profunda conexión espiritual y cultural, además que la protección de sus tierras, territorios y recursos naturales es fundamental para la supervivencia física y cultural de los pueblos; asimismo, debido al impacto que produciría la extracción de recursos naturales en los territorios de los PIAVCI, el Estado estaría obligado no sólo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones, esto conforme a lo establecido por la Corte IDH, (2007) pero ambos supondrían necesariamente un contacto con el PIAVCI, por otro lado, la CIDH ha señalado lo vulneratorio que resulta una excepción de necesidad pública para los pueblos indígenas. Es por esta razón que, al realizar el test de proporcionalidad, el derecho que debe primar para que se dé la mayor protección de los PIAVCI, es el de no contacto, al

garantizar este a su vez la protección de un sinfín de derechos de estos pueblos, como son el derecho a la vida, integridad física, psíquica y moral, propiedad, etc. Pero, el derecho de no contacto no solamente es el victorioso en el test, sino que incluso, la excepción de necesidad pública tendría que ser eliminada del ordenamiento jurídico para así poder garantizar la protección de los derechos los PIAVCI y al mismo tiempo evitar la posible responsabilidad internacional que podría tener el Estado peruano por la vulneración y desaparición de toda una cultura.



REFERENCIAS:

- actua.pe. (20 de agosto de 2018). *actua.pe*. Obtenido de <https://actua.pe/decreto-sancion-empresas-territorios-pueblos-indigenas/>
- Actualidad Ambiental. (17 de marzo de 2016). *actualidadambiental.pe*. Obtenido de <https://www.actualidadambiental.pe/cinco-puntos-que-debemos-conocer-sobre-los-estudios-de-impacto-ambiental/>
- Anaya, J. (2009). *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*. ONU – Consejo de Derechos Humanos.
- Anaya, J. (2010). *Casos examinados por el Relator Especial (junio 2009 – julio 2010)*. A/HRC/15/37/Add.
- Anaya, J. (2013). “*Ecuador: experto de la ONU pide el fin de la violencia*.”
- Andina Agencia Peruana de Noticias. (12 de diciembre de 2018). *andina.pe*. Obtenido de <https://andina.pe/agencia/noticia-identifican-110-areas-y-24-puntos-mineria-ilegal-madre-dios-735822.aspx#:~:text=12.,y%20un%20atentado%20al%20medioambiente.>
- Angles Yanqui, G. (2015). *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*. Obtenido de <http://tesis.pucpág.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5866>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1970). *Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la carta de las naciones unidas de 1970 (Resolución 2625)*.
- Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP). (23 de agosto de 2018). *aidesepág.com*. Obtenido de <http://www.aidesepág.org.pe/index.php/noticias/la-oportunidad-perdida-las-falencias-del-decreto-legislativo-ndeg1374-que-establece-el>
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (s.f.). Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-principios-y-reglas-0/>
- BBC News Mundo. (21 de agosto de 2019). <https://www.bbc.com/>. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49426794>
- Burger, J. (s.f.). Obtenido de <https://www.upf.edu/dhes->

alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.213-240.pdf

- Camero Berríos, PÁG., & Gonzales Icaza, I. (2018). *Serie: Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú Cartilla 1: Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR.
- Carhuatocto Sandoval, H. (2012). *Los Derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú*. Obtenido de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/3448>
- Cingolani, PÁG. (2011). *Aislados Sensibilidad y militancia en defensa de los últimos pueblos libres de la selva*. La Paz: Zeus.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud. (1946). *adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados*.
- Convención América sobre Derechos Humanos. (1969). *Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. San Jose.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969). *U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force*. Viena.
- Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (1989). *Organización Internacional del Trabajo*.
- Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. (2012). *Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245*.
- Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras. (2015). *Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305*.

- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. (2011). *Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.*
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. (2006). *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.*
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. (2010). *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.*
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. (17 de junio de 2005). *Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.*
- Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. (2020). *Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de febrero de 2020.*
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. (2007). *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.*
- Corte IDH. Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. (2011). *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.*
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. República Federativa del Brasil. (2006). *SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2006.*
- Corte IDH. Caso Yatama vs Nicaragua. (2005). *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Serie C No. 127.*
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2016). *Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).*
- Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2007). *La Asamblea General de Naciones Unidas.*
- Decreto Legislativo N° 1374, Decreto Legislativo que establece el Régimen Sancionador por Incumplimiento de las Disposiciones de la Ley N° 28736, Ley Para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial. (2018). *Poder Ejecutivo del Perú. Lima.*
- Decreto Legislativo N° 1255, Decreto Legislativo que Modifica la Ley N° 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura. (2016). *Poder Ejecutivo. Lima.*
- Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2012). *Poder*

Ejecutivo. Lima.

Decreto Supremo N° 005-2013-MC, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. (2013). *Poder Ejecutivo. Lima.*

Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial. (2007). *Poder Ejecutivo. Lima.*

Decreto Supremo N° 008-2016-MC. (2016). *Poder Ejecutivo. Lima.*

Decreto Supremo N° 018-2019-EM, Declaran de necesidad pública la inversión privada en actividad minera y autorizan a empresa minera con inversión extranjera y peruana a adquirir un derecho minero dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera. (2019). *Poder Ejecutivo del Perú. Lima.*

Defensoría del Pueblo. (11 de mayo de 2018). *defensoria.gob.pe*. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/blog/que-es-la-consulta-previa/>

Defensoría del Pueblo de Perú. (2017). *Estándares regionales comunes de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa en las oficinas defensoriales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú.

Defensoría del Pueblo del Perú. (2006). *Informe Defensorial No. 101, Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial*. Lima: Elaborado por el Programa de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/defensoria-del-pueblo/informes-publicaciones/1056104-informe-defensorial-n-101>

Defensoría del Pueblo del Perú. (2016). *Informe N° 004-2016-DP/AMASPPI-PPI, La protección de los derechos del pueblo indígena Mashco Piro en situación de aislamiento y de las comunidades nativas del río Alto Madre de Dios*.

Defensoría del Pueblo del Perú. (20 de agosto de 2018). Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/NP-304-18.pdf>

Defensoría del Pueblo del Perú. (2018). *Defensoría del Pueblo*. Obtenido de Grupos de especial protección: <https://www.defensoria.gob.pe/category/grupo-de-especial-proteccion/>

Derechoured. (19 de junio de 2019). *DERECHOUNED.COM*. Obtenido de <https://derechoured.com/libro/teoria/3060-principio-juridico-concepto-y-clases>

Directiva N° 004-2014-VMIMC, Normas, Pautas y Procedimiento que regulan las

Autorizaciones Excepcionales de Ingreso a las Reservas Indígenas. (2014). *Poder Ejecutivo del Perú*. Lima.

Enciclopedia Jurídica. (2020). <http://www.encyclopedia-juridica.com/>. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/veto/veto.htm>

Estupiñan-Silva, R. (2013). Obtenido de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf

EXPÁG. N.º 0022-2009-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 09 de junio de 2010).

Expediente N.º 00025-2009-PI/TC, Gonzalo Tuanama Tuanama y 8099 ciudadanos (Tribunal Constitucional del Perú 17 de marzo de 2011).

Expediente N.º 0022- 2009- PI/TC, Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y mas de 5000 ciudadanos (Tribunal Constitucional Peruano 09 de junio de 2010).

Expediente N.º 018-2003-AI/TC, CINCO MIL SETENTA Y SIETE CIUDADANO (Tribunal Constitucional del Perú 26 de abril de 2004).

Expediente N.º 03343-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 19 de febrero de 2009).

Expediente N.º 05427- 2009-TC, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) (Tribunal Constitucional del Perú 30 de junio de 2010).

Expediente No. 06316-2008-PA/TC, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) (Tribunal Constitucional del Perú 11 de noviembre de 2009).

Fraser, B. (19 de julio de 2017). *mongabay.com*. Obtenido de <https://es.mongabay.com/2017/07/derrames-petroleo-la-amazonia-peruana-una-herida-sigue-abierta/>

Honty, G. (17 de marzo de 2016). <http://extractivismo.com/>. Obtenido de <https://es.mongabay.com/2017/07/derrames-petroleo-la-amazonia-peruana-una-herida-sigue-abierta/>

Huamán Rodríguez, G. (2013). Obtenido de <https://huespedes.cica.es/gimadus/24/04.html>

Huapaya Tapia, R. (2014). Obtenido de <http://revistas.pucpág.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/13455/14082/>

Huertas Castillo, B. (2010). *Despojo territorial, conflicto social y exterminio – Pueblos indígenas en situación de aislamiento, contacto esporádico y contacto inicial de la Amazonía peruana*. Alejandro Parellada.

- Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. (1997). *Congreso de la Republica del Perú*. Lima.
- Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos. (2002). *Congreso de la República del Perú*.
- Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. (2006). *Congreso de la República del Perú*.
- Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura. (2010). *Congreso de la República del Perú*. Lima.
- Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2011). *Congreso de la República del Perú*. Lima.
- Ley N° 30928, Ley que declara de necesidad pública e interés nacional el proyecto de infraestructura portuaria “rehabilitación del terminal portuario de Pucallpa”, que justifica y autoriza la expropiación de inmuebles. (2019). *Congreso de la Republica del Perú*.
- Lo Lua, J. (02 de noviembre de 2018). *mongabay.com*. Obtenido de <https://es.mongabay.com/2018/11/ashaninkas-narcotrafico-terrorismo-deforestacion/>
- Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989. (2013). *Oficina Internacional del Trabajo*. Ginebra.
- Medina, B. (2017). *Amnistía Internacional*. Obtenido de <https://www.amnistia.org/ve/blog/2017/05/2472/derecho-a-la-autoderminacion-de-los-pueblos-indigenas>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, O. M. (2020). Obtenido de <https://observatorioviolencia.pe/grupos-vulnerables-ley-n30364/>
- Mongabay. (11 de diciembre de 2018). *mongabay.com*. Obtenido de <https://es.mongabay.com/2018/12/pueblos-en-aislamiento-y-contacto-inicial-latinoamerica/>
- Narváez Liceras, A. (2008). Obtenido de <https://upg.administracion.unmsm.edu.pe/n/publicaciones/192-le-economia-peruana-en-el-2019-2022>
- Navarro Rodríguez, S., & Larrubia Vargas, R. (2006). Obtenido de

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2242454.pdf>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2020). *ohchr.org*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/coreinstruments.aspx>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos OACNUDH. (2012). *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*. Ginebra: OACNUDH. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AAE1D9D945C6EDA40525811A00791416/\\$FILE/20120919065528_directrices-de-proteccion.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AAE1D9D945C6EDA40525811A00791416/$FILE/20120919065528_directrices-de-proteccion.pdf)
- Oficina Internacional del Trabajo. (2018). *Los pueblos indígenas y el cambio climático: De víctimas a agentes del cambio por medio del trabajo decente*. Ginebra: PRODOC.
- Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. (2003). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Ortega Vásquez, N. (2015). *El derecho de propiedad comunal indígena en la amazonía y su regulación en la legislación peruana*. Obtenido de <http://tesis.pucpág.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5872>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI)*.
- Pazmino, PÁG. (29 de enero de 2015). Obtenido de <https://www.dw.com/es/lenguas-ind%C3%ADgenas-rico-legado-cultural/a-18224872>
- Pérez Porto, J., & Merino, M. (2010). *Definicion.de*. Obtenido de <https://definicion.de/pueblo-indigena/>
- Quispe Mamani, M., & Ruiz Molleda, J. (23 de octubre de 2017). <https://www.servindi.org/>. Obtenido de <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/20/10/2017/consulta-de-piavci-la-consulta-imposible-o-la-desnaturalizacion-de-la>
- Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, Aprueban Procedimientos internos del Ministerio en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa a pueblos indígenas u originarios en la medida que se advierta afectación directa a sus derechos colectivos. (2017). *Ministerio de Cultura*.
- Resolución Viceministerial N° 012-2014-VMI-MC. (2014). *Ministerio de Cultura*. Lima.

- Rodríguez, G. H. (2013). Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario de la Amazonía peruana: el derecho inherente al territorio ancestral y la explotación de hidrocarburos. *Medio Ambiente & Derecho*, 24.
- Ruiz Molleda, J., & Quispe Mamani, M. (06 de octubre de 2017). *El Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP)*. Obtenido de <https://www.caaapág.org.pe/2017/10/10/concesiones-forestales-versus-pueblos-indigenas-en-aislamiento-voluntario-y-contacto-inicial/>
- Ruiz, O., & Donoso, G. (2014). *tc.gob*. Obtenido de https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/derechos_humanos-1.pdf
- Semana Sostenible. (15 de septiembre de 2017). *sostenibilidad.semana.com*. Obtenido de <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/indigenas-paeces-son-ejemplo-de-la-gestion-de-riesgo-en-colombia/38662>
- Sputnik. (10 de junio de 2019). *mundo.sputniknews.com*. Obtenido de <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/201906101087579256-ong-acusa-a-ministerio-de-cultura-de-peru-de-atentar-contr-intereses-de-pueblos-indigenas/>
- Taller de Expertos sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas. (2013). *Los Akuriyo de Surinam: Un caso de emersión del aislamiento (The Akuriyo of Surinam: A Case of Emergence from Isolation)*.
- Tejada Gurmendi, J. (19 de junio de 2017). *derecho.usmpág*. Obtenido de https://derecho.usmpág.edu.pe/cedemin/revista/explorando_veta/Regulacion_recursos.pdf
- Tong Gonzáles, F., & Montero Alvarado, F. (s.f.). Obtenido de <http://revistas.pucpág.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/13986/14608/>
- Wayka. (25 de septiembre de 2019). *wayka.pe*. Obtenido de <https://wayka.pe/indigenas-afectados-por-actividad-petrolera-reclamaron-ante-la-cidh/>

ANEXOS PLAN DE TESIS

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la situación problemática:

En el Perú y en el mundo existen en la actualidad docenas de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial; es más, “el Perú es el segundo país de la Tierra, después de Brasil, con el mayor número de pueblos indígenas en situación de aislamiento” (Huamán, 2013). Uno de sus principales derechos que poseen estos pueblos es el principio de no contacto, que tal y como su nombre lo indica, es el derecho que tienen estos pueblos de no entrar en contacto con otros pueblos indígenas o con personas no indígenas, es decir, no mantener contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena ya que suelen rehuir a todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo, ya sea por su cultura, tradiciones o incluso por supervivencia, debido a que por ejemplo, un simple resfriado podría ser una epidemia en este tipo de pueblos.

El Taller de Expertos sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, (2013) ha señalado que, “si se da el contacto, se derrumba de modo irreversible todo un sistema de creencias, tradiciones y costumbres en los que un pueblo indígena en aislamiento ha basado su modo de vida y su cultura” (p. 09). Es por esto la importancia de que los Estados deben adoptar medidas legales y administrativas necesarias para asegurar tanto el cumplimiento del principio de no contacto, como también asegurar las condiciones que favorezcan la supervivencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial; así como lo ha señalado el ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

Se debe respetar el principio de no contacto, lo que implica implementar una política pública que proteja sus espacios vitales y les preserve de presiones por parte de empresas extractivas, la tala ilegal de madera, y el asentamiento no autorizado en el área. (Anaya, 2013, párr. 10)

Teniendo en cuenta entonces que una de las premisas fundamentales del respeto a los derechos de estos pueblos, es el cumplimiento del principio de no contacto, es que surge el mayor problema de la presente investigación, y es que no existe ningún estándar internacional clara e inequívoca sobre la materia, pese a ser necesaria para la protección integral de estos pueblos; si bien hay pronunciamientos sobre el mejor actuar con respecto a estén tipo de pueblos, estos son muy variados e incluso opuestos. Por esta razón, el Perú debe desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado.

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial son titulares de derechos humanos en una situación única de vulnerabilidad, y unos de los pocos que no pueden abogar por sus propios derechos. Esta realidad hace que asegurar el respeto a sus derechos cobre una importancia especial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p 01).

Razón por la cual, recae en el Estado la responsabilidad de velar por que sus derechos humanos sean respetados de la misma manera que de todo el resto de la población, tomando en cuenta las particularidades de su situación.

Por lo que surgen problemas con la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006) y su Reglamento Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial,

(2007), en primer lugar, que en ninguna parte de la Ley ni su Reglamento se habla del no contacto, si bien se habla sobre la autodeterminación, mantener su cultura, intangibilidad de reservar y otros análogos; no se habla específicamente del no contacto y su gran relevancia para la protección de este tipo de pueblos; y en segundo lugar, se estipula autorizaciones excepcionales de ingreso a las reservas; lo que contrapone todo lo señalado anteriormente sobre el no contacto, surgiendo una serie de preguntas que se desea responder con la presente investigación ¿existen casos en los que se puede entrar en contacto con estos pueblos?, ¿el Estado debe cumplir estrictamente con el no contacto, dejando de cumplir su deber de brindar otros tipo de derechos?. Por lo que se tiene que hacer un test de ponderación entre el principio de no contacto (el cual incluye la autodeterminación de los pueblos, costumbres y tradiciones, etc.), contra el resto de derechos que debe defender el Estado.

Se debe tener en cuenta que ese test podría darse entre los derechos de vida, libertad, integridad, etc., y el no contacto que es el derecho más importante que tiene estos pueblos, ya que, “las distintas amenazas que atentan contra los derechos de los pueblos en asilamiento y contacto inicial tienen como causa común el contacto, ya sea directo o indirecto, con personas ajenas a sus pueblos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 10), razón por la cual, los pobladores suelen rehuir a todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo.

Entonces, podemos ver que existe una contraposición entre el no contacto y la salvaguarda de los demás derechos de estos pueblos, por otro lado surge la mayor discusión de la ley, referido al Aprovechamiento de recursos naturales por necesidad pública, ya que si se está debatiendo la idea de entrar en contacto para salvaguardar sus propios derechos, existe una mayor discusión si se entraría en contacto para el aprovechamiento de recursos naturales, teniendo en cuenta lo señalado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013): “los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y a que los Estados les

garanticen su derecho a vivir en sus territorios ancestrales para poder preservar dicha identidad” (p 10).

La zona en donde se ubican estos pueblos es en su mayoría en la Amazonia, donde se puede realizar la explotación de recursos naturales como minería, hidrocarburos, gas, tala de árboles, etc., si bien es para el aprovechamiento del Estado, se debe de responder ¿es el aprovechamiento de recursos naturales más importante que la preservación de esta cultura y su protección como personas humanas?; se debe tener en cuenta que: “una de las razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 10).

1.2. Formulación del problema:

¿Qué medidas legislativas debe implementar el Estado Peruano para la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en el año 2019?

1.3. Objetivos:

1.3.1. Objetivo General:

Determinar qué medidas legislativas debe implementar el Estado Peruano para la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en el año 2019.

1.3.2. Objetivos específicos:

- Analizar si el principio de no contacto es un derecho que prima sobre los demás derechos que gozan los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial.
- Determinar si transgredir el principio de no contacto para la protección de este tipo de pueblos es la mejor forma de tutelar sus derechos, o es la inacción por parte del Estado para no entrar en contacto con ellos.
- Indagar si se puede realizar test de proporcionalidad en la que su

resultado señale que es más importante la tutela de otro tipo de derecho sobre el del no contacto.

1.4. Justificación:

Relevancia Académica:

La presente investigación tiene relevancia académica ya que a lo largo de la vida universitaria, se puede observar que se habla muy poco sobre pueblos indígenas, su relevancia, importancia o protección, es más, si se le pregunta a muchas personas sobre los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, las respuestas son sobre desconocimiento o incluso se señalan que este tipo de pueblos ya no existen, lo cual no es posible cuando “el Perú es el segundo país de la Tierra, después de Brasil, con el mayor número de pueblos indígenas en situación de aislamiento” (Rodríguez, 2013, p. 23), por lo que cobra una relevancia académica importante, ya que se está investigando un tema del cual no se tiene respuestas claras e inequívocas, ni siquiera internacionalmente; en ese sentido, esta investigación puede dar un paso más importante para que pueda darse lugar a la enseñanza y profundización, no solamente de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, sino de todo tipo de pueblos indígenas o tribales, incluso sobre comunidades campesinas y nativas

Relevancia Jurídica:

La presente investigación tiene relevancia jurídica ya que si se realiza una correcta investigación sobre un tema tan delicado como la protección a este tipo de pueblos, el Gobierno del Perú estará realizando una de sus principales funciones que se encuentra reconocida en la Convención Americana y en la misma Constitución Política, que es respetar y garantizar los derechos de todos los miembros del Estado; por otro lado, podrá establecer un precedente ante similares países que en sus población cuentan con estos pueblos indígenas y demostrar internacionalmente que el Perú es un país que se respetan todos los derechos humanos y fundamentales. Se han dado casos sobre creación de precedentes y felicitaciones internacionales por parte de entidades

internacionales referentes a nuevas tratativas internacionales y este puede ser el origen de que el Perú cree un precedente sobre los Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Los derechos establecidos en los diferentes cuerpos legales del Perú, son conocidos por la mayoría de sus pobladores y si estos son vulnerados, las víctimas pueden recurrir al órgano jurisdiccional efectivo para poder tutelar sus derechos e incluso se puede abrir una investigación de oficio, para así tutelar tus derechos; en caso de estos pueblos indígenas, sus pobladores no pueden recurrir a un órgano jurisdiccional efectivo y mucho menos los representantes del Estado se pueden aproximar para poder saber si sus derechos se están cumpliendo, cuáles son sus necesidades, si existe alguna vulneración a sus derechos, etc. Es por esto, que el motivo de la presente investigación es poder plantear la mejor solución a este problema, para que así sean tutelados todos los derechos de estos pueblos, siempre teniendo en cuenta el principio de no contacto.

Innovación:

No existen pronunciamientos claros e inequívocos sobre este tipo de pueblos y ante el inminente avance del hombre en los territorios de estos pueblos y ante la obligación de los Estados de cubrir las necesidades de la población, los derechos de estos tipos de pueblos pueden ser vulnerados de manera irreversible, por lo que se está investigando para poder proponer las mejores soluciones, siempre acorde a la protección de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1.5. Antecedentes investigativos:

- Carhuatocto, (2012). *Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú* (tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos Perú). Resumen: En relación al capítulo I, establece los aspectos metodológicos de la tesis, que apunta a determinar cuáles son los factores de carácter normativo que determinan el probable no resguardo de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento de la Amazonía Peruana en las actividades económicas de hidrocarburos.

Con relación al Capítulo II, se hace un análisis del derecho a la consulta previa y otros derechos indígenas asociados al mismo, revisando para ello la normatividad internacional y nacional, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hasta llegar al estado actual de desarrollo de dicho derecho, y mostrar las deficiencias en su implementación.

Con relación al Capítulo III, aborda la normatividad de concesiones en el sector de energía y minas, esto es en las actividades de hidrocarburos y minería, esto es en las actividades de hidrocarburos, minería y electricidad, para efectos de articularlas con el ejercicio de los derechos indígenas, y se concluye que en los mismos no se viene respetando los derechos de los indígenas.

En el Capítulo IV, se desarrolla el estado actual del derecho a la consulta previa y la propiedad comunal, en el contexto del aprovechamiento de los recursos naturales y el sistema nacional de evaluación de impacto ambiental. Advertimos que en el mismo la institucionalidad estatal en materia indígena a nivel del Estado, si bien siempre ha sido débil, en los últimos dos años ello se ha acentuado con la desaparición del INDEPA como órgano público mediante Decreto Supremo N° 001-2010 – MINCU, y la extinción del grupo

Técnico de Coordinación Interinstitucional Camisea (GTCI CAMISEA), mediante Decreto Supremo N° 071-2009 EM.

Con relación al Capítulo V, analiza las inconstitucionalidades de las que está preñada la normatividad sobre consulta previa vigente, especialmente teniendo en cuenta que sin una autoridad estatal indígena fuerte y autónoma, la legislación sobre protección de pueblos indígenas ha naufragado entre la desidia burocrática de los sectores responsables y la ausencia de voluntad política de los gobiernos de turno, así no sorprende que el régimen multisectorial ni el comité de gestión de protección de PIAV, ni el documento de planificación para la protección de estas poblaciones se hallan elaborando, actualizando o puesto en vigencia las escasas normas al respecto.

- Angles (2015). *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio* (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Resumen: el derecho a la consulta previa a los pueblos originarios o indígenas se ha convertido en fuente de conflictos internos de carácter sociocultural ambiental y legal, que cada vez más se acrecienta en el Perú.

El Estado Peruano debe realizar procesos de consulta a los pueblos indígenas antes de la implementación de medidas legislativas o administrativas que afecten en forma directa los derechos colectivos de estos últimos, consultas que deben finalizar con la obtención del consentimiento previo, libre e informado.

La promulgación de la Ley 29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas” es un gran avance hacia la protección de estos pueblos. Sin embargo, en su Artículo 15° se dictamina que, si el Estado Peruano y los pueblos indígenas no logran llegar a un acuerdo en la consulta previa, la

decisión final será adoptada por el Estado Peruano como norma general aplicada a dichos procesos.

No obstante, esta regla general podría tener excepciones frente a medidas legislativas o administrativas que implique el desplazamiento poblacional indígena de sus territorios ancestrales, ya que de aplicarse de forma taxativa lo señalado en la Ley 29785, se causaría grave indefensión y vulneración a los derechos constitucionales de ese sector poblacional.

El Estado, durante los procesos de consulta previa cuando impliquen desplazamiento de la población indígena de territorios ancestrales, tiene la obligación de obtener el consentimiento de estos pueblos, garantizando la no vulneración de sus derechos constitucionales, como el derecho al consentimiento libre, previo e informado; la libre determinación; el territorio; la identidad étnica y cultural entre otros, consagrados en los artículos 2°, 70° y 149° de la constitución peruana, el convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo (OIT) y la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI). Así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Constitucional Peruano (TC).

En el primer capítulo se explican los antecedentes históricos de los pueblos indígenas, identificando el enfoque histórico legal otorgado en las constituciones peruanas, asimismo describiremos la postura doctrinaria pluricultural o multicultural en el Perú, y se identifica quienes conforman los pueblos indígenas en la actualidad.

En el segundo capítulo haremos una evaluación del concepto pueblo indígena u originario, y los alcances constitucionales en el derecho a la consulta previa, a nivel nacional e internacional, del mismo modo se define la naturaleza jurídica, el objeto, la finalidad y el consentimiento del derecho a la consulta previa, para definir cuáles son los alcances y límites del contenido

constitucional del derecho a la consulta previa, concatenando estos conceptos con los convenios OIT, declaraciones de las Naciones Unidas, Tratados Internacionales, y Jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano.

En el tercer capítulo, se presenta la noción legal de consulta previa, en Perú, y se explica cómo se entiende el consentimiento en el proceso, de consulta, identificando el consentimiento en las diferentes etapas del proceso de consulta previa, desde la evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios, hasta la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa, y su directa vinculación con los derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

En el cuarto capítulo se concreta la obligación que tiene el estado peruano de obtener siempre el consentimiento en los procesos de consulta previa, cuando implique desplazamiento indígena, basándonos en el análisis de jurisprudencia nacional e internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, concluyendo que el carácter obligatorio de obtener el consentimiento es la excepción a la regla en los procesos de consulta previa, Entendiendo que de no adoptar esta excepción se afecta a derechos constitucionales de los pueblos indígenas como el derecho a la tierra o territorio, a la libre determinación, la identidad étnica y cultural.

- Ortega, (2015). *El derecho de propiedad comunal indígena de la Amazonía y su regulación en la legislación peruana* (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Resumen: En esta investigación se buscó definir la naturaleza jurídica de la relación del indígena asháninka con su territorio y analizar el contenido y alcance de la propiedad comunal de las comunidades nativas a fin de definir su naturaleza jurídica.

Desde la Constitución Política de 1920, el Perú reconoce la existencia legal de los pueblos indígenas; sin embargo, en la práctica estos enfrentan una serie de dificultades para proteger sus territorios debido a la falta de un mecanismo

eficiente que reconozca sus derechos sobre estos considerando la especial relación con su entorno y las formas tradicionales de organización y manejo de los mismos.

En primer lugar, se revisaron los conceptos de territorio, pueblo indígena y comunidad nativa; analizamos los alcances de la existencia legal a que se refiere el Artículo 89° de la Constitución Política del Perú vigente y los fundamentos de la propiedad comunal.

Se realizó un análisis de la evolución de la legislación peruana sobre pueblos indígenas a partir de la época Republicana, haciendo particular énfasis en la condición legal del indígena amazónico después de la independencia, así como el desarrollo del derecho privado y las políticas sobre tierras en la Amazonía durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX.

También se analizó el origen de la comunidad nativa como institución jurídica creada para otorgar personería jurídica a los indígenas de la Amazonía Peruana.

Finalmente, a través del análisis del caso de la comunidad asháninka de la Selva Central, se identificó y analizó los problemas de aplicación del derecho privado como herramienta de reconocimiento y protección de derechos, pero sobre todo como instrumento efectivo para la paz y el orden social. El trabajo busca contribuir al mejor entendimiento de la relación jurídica del indígena amazónico con su territorio ancestral y a la función social de la propiedad comunal.

1.6. Bases teóricas:

1.6.1. Pueblos indígenas:

Aquellos que se auto reconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los

pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

1.6.2. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario:

Los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo. También pueden ser pueblos o segmentos de pueblos previamente contactados y que, tras un contacto intermitente con las sociedades no indígenas han vuelto a una situación de aislamiento, y rompen las relaciones de contacto que pudieran tener con dichas sociedades. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 09)

1.6.3. Pueblos indígenas en contacto inicial:

Los pueblos indígenas en situación de contacto inicial son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que mantienen un contacto intermitente o esporádico con la población mayoritaria no indígena, por lo general referido a aquellos que han iniciado un proceso de contacto recientemente. No obstante, se advierte que “inicial” no debe entenderse necesariamente como un término temporal, sino como una referencia al poco grado de contacto e interacción con la sociedad mayoritaria no indígena. Los pueblos indígenas en contacto inicial anteriormente fueron pueblos en aislamiento voluntario que, por alguna razón, voluntaria o no, entraron en contacto con miembros de la población envolvente, y aunque mantienen un cierto nivel de contacto, no conocen plenamente ni comparten los patrones y códigos de interrelación social de la población mayoritaria. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 09)

1.6.4. Principio de no contacto:

Es la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a la libre determinación. Una de las razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 10)

Anaya, (2013), ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha señalado al respecto que: “se debe respetar el principio de no contacto, lo que implica implementar una política pública que proteja sus espacios vitales y les preserve de presiones por parte de empresas extractivas, la tala ilegal de madera, y el asentamiento no autorizado en el área” (párr. 12)

1.6.5. Reservas indígenas:

Tierras delimitadas por el Estado peruano, de intangibilidad transitoria, a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y en tanto mantengan tal situación, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos.

CAPÍTULO III

INTERROGANTES E HIPÓTESIS

3.1. Interrogantes:

- ¿Es el principio de no contacto es un derecho que prima sobre los demás derechos que gozan los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial?
- ¿Transgredir el principio de no contacto para la protección de este tipo de pueblos es la mejor forma de tutelar sus derechos, o es la inacción por parte del Estado para no entrar en contacto con ellos?
- ¿Se puede realizar test de proporcionalidad en la que su resultado señale que es más importante la tutela de otro tipo de derecho sobre el del no contacto?

3.2. Hipótesis:

Dado que el Estado peruano no está procurando implementar en su legislación los derechos más importantes de los pueblos en su aislamiento voluntario y contacto inicial, a la luz de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, (2006), como es el “no contacto”, es probable que el Estado no está cumpliendo con su deber de garantizar y proteger los derechos de estos pueblos y pueda incurrir en responsabilidad internacional.

CAPÍTULO IV

ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA

3.3.Estructura:

- Carátula.
- Epígrafe.
- Dedicatoria.
- Introducción.
- Resumen.
- Abstract.
- Índice.
- Resultados de la investigación.
- Marco Teórico.
- Conclusiones.
- Recomendaciones.
- Referencias.
- Anexos.

3.4.Metodología:

3.4.1. Enfoque de investigación:

El enfoque es cualitativo, para Hernández, Fernández y Baptista, (2010), este enfoque: “Usa la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (p. 79).

3.4.2. Nivel de investigación:

Si bien en un primer momento se podría creer que el nivel de investigación es explorativa, ya que, para Hernández, Fernández & Baptista, (2010), “los estudios exploratorios se realizan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes”

(p. 86). Sin embargo, en realidad esta tesis sería explicativa, ya que Ramírez (2019) señala que los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste. La investigación explicativa es aquel tipo de estudio que explora la relación causal, es decir, no solo busca describir o acercarse al problema objeto de investigación, sino que prueba encontrar las causas del mismo.

En el presente caso el problema es la vulneración de los derechos de los PIAVCI y su causa es el no respeto del principio de “no contacto”, así como la no implementación en la legislación peruana.

3.4.3. Diseño de investigación:

El diseño es no experimental transversal, para Hernández, Fernández & Baptista, (2010), “Los diseños de investigación transeccionales o transversales recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único su propósito es describir variables o analizar su incidencia e interrelación en un momento dado” (p. 90).

3.4.4. Técnicas de investigación:

La técnica a utilizar será la entrevista y observación.

3.4.5. Instrumentos de investigación:

Documentos y registros.

CAPÍTULO V

4. CRONOGRAMA

N°	ACTIVIDADES	TIEMPO									
		2019									
		E	F	M	A	M	J	J	A	S	
1	Identificación y Formulación del problema	■									
2	Revisión de la Literatura científica	■									
3	Redacción del Anteproyecto	■	■								
4	Aprobación del Proyecto			■							
5	Revisión profunda de los antecedentes del problema y elaboración del Marco Teórico			■							
6	Elaboración y validación de los instrumentos de recolección de datos			■							
7	Monitoreo y seguimiento			■	■						
8	Aplicación de los instrumentos de recolección de datos			■	■						
9	Levantamiento o sistematización						■				
10	Procesamiento, análisis e interpretación de los datos							■			
11	Contrastación de las hipótesis							■			
12	Discusión de los resultados								■		
13	Formulación de conclusiones y recomendaciones								■		
14	Redacción inicial del informe de Tesis								■		
15	Revisión o examen crítico									■	
16	Presentación del Informe de Tesis									■	
17	Sustentación de la Tesis									■	