

Opinión legal

Proyecto de Ley N° 4044/2018-CR que modifica la Ley 28736 “Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, y establece Salvaguardas para Garantizar su Vida e Integridad frente al Covid-19

Mayo, 2020

Programa de Biodiversidad y Pueblos Indígena



1. Introducción

Mediante Proyecto de Ley N° 4044/2018-CR se propone la “*Ley que modifica la ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, y establece Salvaguardas para Garantizar su Vida e Integridad frente al Covid-19*”. Con fecha 20 de mayo de 2020, mediante Oficio N° 030-2020-2021/CPAAAAE, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología (en adelante, CPAAAAE) solicitó la opinión legal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (en adelante, la SPDA) sobre el dictamen de la CPAAAAE con relación al referido proyecto.

En este sentido, la SPDA cumple con emitir opinión legal al Proyecto de Ley a fin de contribuir con dichos aportes al proceso de revisión y evaluación normativa que realiza el Congreso de la República.

2. Base Jurídica

La base normativa revisada y analizada para efectuar los comentarios y aportes al Proyecto de Ley es la siguiente:

- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.
- Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, Aprueban Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.
- 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 en Situación de Contacto Inicial.
- Decreto Supremo N° 010-2019-MC, Reglamento del 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 en Situación de Contacto Inicial.

3. Opinión

3.1. Observaciones generales

Los pueblos indígenas son uno de los grupos más perjudicados de la sociedad por las epidemias y otras emergencias sanitarias. Esto se debe no sólo a su situación de pobreza, sino además a la ausencia o deficiencia de los servicios de salud pública. La situación de los pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial (en adelante, PIACI) es de mayor vulnerabilidad aún y la brecha sanitaria es mayor en tanto su aislamiento los hace más vulnerables a enfermedades. Por ello, en el contexto de pandemia y declaratoria de emergencia sanitaria que enfrentamos actualmente, se requiere urgentemente de una especial atención para salvaguardar su vida, su integridad y su salud, con pertinencia cultural y con plena garantía de su libre determinación.

Debe precisarse que, a lo largo de la historia, han sido varios los casos de PIACI desaparecidos o altamente disminuidos demográficamente debido a diversas enfermedades y epidemias. Así, por ejemplo, en nuestro país se encuentra el caso de los pueblos Kugapakori, Nahua, Nanti, entre otros, cuya población se vio reducida a casi la mitad debido a una epidemia de infecciones respiratorias, como resultado del contacto no deseada.

Es por eso que, en este contexto, la SPDA considera necesario debatir medidas de protección urgente para la protección de los PIACI. En ese sentido, consideramos importante modificar la Ley N°28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (en adelante, Ley PIACI), puntualmente en cuanto a la intangibilidad absoluta que deberían tener las reservas; y, sugerimos algunas precisiones que consideramos necesario tener en cuenta al regular otros temas mencionados en el Dictamen.

3.2. Observaciones específicas

3.2.1. Carácter intangible de las reservas indígenas

El dictamen propone modificar el inciso c) del artículo 5° de la Ley PIACI con el objeto de eliminar una disposición que flexibiliza la intangibilidad de las reservas indígenas al permitir el aprovechamiento de los recursos naturales cuya explotación resulte de necesidad pública. El dictamen propone la siguiente modificación:

Ley 28736	Propuesta de modificación del dictamen
<p>Artículo 5.- Carácter intangible de las reservas indígenas</p> <p>Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles. En ellas:</p> <p>(...)</p> <p>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 <u>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; y,</u></p>	<p>Artículo 5.- Carácter intangible de las reservas indígenas</p> <p>Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles. En ellas:</p> <p>(...)</p> <p>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. El principio de intangibilidad de las reservas no limitará las prestaciones de salud, educación y otros de otros derechos a los pueblos en situación de contacto inicial, los mismos que deberán ser realizados bajo protocolos adecuados, la debida pertinencia cultural y con la participación efectiva de estos pueblos</p>

El inciso c) del artículo 5°, que no estaba previsto en el texto original de la iniciativa legislativa de la Ley PIACI^[1], permite el aprovechamiento dentro de las reservas indígenas de aquellos recursos naturales cuya explotación resulta de necesidad pública. Esto es confirmado por el Reglamento de la Ley PIACI que caracteriza a este supuesto como una “excepción” a la intangibilidad:

“Artículo 33.- Excepciones a la intangibilidad de la reserva indígena.- La intangibilidad de la reserva indígena tiene como excepción los supuestos establecidos en el inciso “c” del artículo 5 de la Ley.”

(...)

Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.- Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, **la autoridad sectorial competente, solicitará al VMI del MC la opinión técnica previa vinculante 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 u observaciones que correspondan.

Al respecto, debemos mencionar que el aprovechamiento de recursos naturales dentro de las reservas indígenas pone en grave riesgo la vida e integridad, física y cultural, de los PIACI. Estos pueblos se encuentran en una situación altamente vulnerable, y muchos de ellos, en grave peligro de desaparecer por completo¹. Debido a su situación de aislamiento respecto de las sociedades no indígenas, los PIACI no cuentan con las defensas inmunológicas contra enfermedades relativamente comunes, y un contagio puede tener -como en varias ocasiones ha tenido-.

Cabe indicar que la Corte IDH, en diversa jurisprudencia, ha destacado que «la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras»^[2]. El reconocimiento de este vínculo explica la relevancia de la intangibilidad del territorio de los PIACI, pues el contacto significa un riesgo para su subsistencia.

Por esa razón, consideramos que el dictamen contribuye a fortalecer las salvaguardas de protección de los PIACI, al establecer una intangibilidad absoluta para actividades de aprovechamiento de recursos dentro de reservas indígenas.

En ese sentido, esta propuesta es congruente con el Principio de No Contacto, que garantiza el ejercicio del derecho a la libre determinación de los PIACI. En particular, se debe tener en cuenta que las diversas amenazas que afectan los derechos de los PIACI tienen como causa común el contacto, ya sea directo o indirecto, con personas ajenas a sus pueblos. Por tal razón, si “(...) *se elimina el contacto no deseado, se eliminan la mayoría de las amenazas y se garantiza el respeto a los derechos de tales pueblos.*”^[3].

Asimismo, esta propuesta permitiría asegurar el cumplimiento del deber estatal de garantizar el ejercicio pleno del derecho a la vida e integridad de los PIACI, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1) del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la obligación de garantizar el ejercicio del derecho a la vida e integridad tiene las siguientes implicancias:

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, sentencia de 5 de julio de 2006

65. (...) no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

¹ Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas, p. 10. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13 30 diciembre 2013. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>

Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, sentencia de 4 de julio de 2007

81. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988

166. (...) los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

(...)

175. **El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones [resaltado nuestro] a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. (...).**

Sin perjuicio de ello, si bien el dictamen busca establecer el carácter de intangibilidad absoluta de las reservas indígenas, a fin de dotar de seguridad jurídica y facilitar el entendimiento de la norma, sugerimos que la fórmula legal materia de evaluación no se limite solo a prohibir “derechos” de aprovechamiento, sino que incluya a todos los mecanismos de acceso al aprovechamiento de los recursos naturales, tales como títulos habilitantes, concesiones, permisos, contratos, entre otros.

Asimismo, sugerimos que la fórmula incluya, de forma expresa, la prohibición de que se construyan o habiliten proyectos de infraestructura dentro de las reservas indígenas, pues las presiones sobre los territorios de los PIACI también provienen de proyectos de este tipo.

Por último, sugerimos que la fórmula sea suficientemente clara sobre el alcance del carácter de intangibilidad para actividades que no son de aprovechamiento, pero que también pondrían en riesgo a los PIACI, como investigaciones o colecta de información, entre otras.

3.2.2. Régimen de propiedad

El artículo 2 del Proyecto de Ley 4044/2018-CR propone modificar los literales d) y f) del artículo 4) de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (en adelante, Ley PIACI), al considerar que reconocer el derecho a la propiedad de las tierras por parte de los PIACI cuando estos adopten el sedentarismo como modo de vida, podría estarlos condicionando a cambiar

sus formas de vida ante la necesidad de garantizar sus tierras, territorios y recursos naturales.

Al respecto, el artículo 88 de la Constitución establece que el Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa, a las comunidades nativas y campesinas. Establece que estas, además, tienen existencia legal y son personas jurídicas. Por su parte, el Decreto Ley N°22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, señala que las comunidades nativas se caracterizan, entre otras cosas, por la tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio. Si bien el artículo 8 de la Ley N° 28736 señala que los PIACI se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establece a favor de las comunidades nativas, sus características particulares no permiten extrapolar el derecho a la propiedad tal cual lo establece nuestra legislación vigente. Por el contrario, la particularidad de los PIACI y su especial contexto social, económico y sanitario, generan un tratamiento normativo especial con mayores salvaguardas que superan las características de la propiedad tal como está reconocida en nuestra en nuestra legislación.

En ese sentido, si bien el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas no determina la existencia de un derecho ancestral a ocupar determinado territorio, sí condiciona el hecho de que puedan ejercerlo ante las instituciones del estado y volverlo oponible a terceros. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en los distintos instrumentos internacionales no implica que se encuentren exentos de cumplir con determinadas condiciones habilitantes para ejercerlos frente a las autoridades y terceros. Para ello, de acuerdo con la Constitución y las normas de comunidades nativas, se requiere ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, estar dotado de personalidad jurídica.

3.2.3. Fortalecimiento de la facultad sancionadora del MINCUL

El Dictamen propone la modificación del 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 en situación de contacto inicial

Tal como se ha explicado de forma extensa en el análisis del Informe, las reservas indígenas y territoriales son delimitadas por el Estado con un objetivo de protección especial y primordial. Pese a ello, luego de aproximadamente 14 años de la promulgación de la Ley PIACI², es a través del Decreto Legislativo N° 1374 que se establece la potestad sancionadora del Ministerio de Cultura, así como el régimen sancionador que se aplicará ante el incumplimiento de sus disposiciones.

Si bien coincidimos en que la responsabilidad objetiva se adecua debidamente con el objeto de protección de este régimen sancionador, no es

² La Ley N° 28736 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de junio de 2006.

menos cierto que la ejecución de un sistema eficiente de fiscalización y sanción debe responder al contexto en el que se desarrollará.

Así, como bien se ha señalado en el Informe, las extensas áreas que conforman las reservas territoriales e indígenas se encuentran en zonas en cuyos alrededores existen, además, un gran número de pueblos indígenas identificados como comunidades nativas o agrupadas a través de otras figuras de organización. En este sentido, resulta trascendente evaluar la necesidad de diseñar mecanismos que permitan evaluar el nivel de conocimiento de las restricciones legales determinadas en el Decreto Legislativo N° 1374, a la luz del enfoque interculturalidad reconocido en el artículo 47° de la Ley N° 27444³.

Cabe traer a colación el criterio aplicado en el régimen penal nacional denominado “error de comprensión culturalmente condicionado” que exime de responsabilidad a la persona que por cuestiones culturales no comprende el carácter delictuoso de su acto⁴. Dicha disposición podría orientar el diseño de una figura específica que le permita al MINCUL realizar una evaluación que observe criterios culturales que trascienda al análisis que la responsabilidad objetiva exige.

De aplicarse dicho criterio, el cual recomendamos recoger de forma directa en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1374. Cabe resaltar que el reglamento de esta norma, aprobado a través del Decreto Supremo N° 010-2019-MC, recoge una figura similar en su artículo 27⁵; sin embargo, al ser una excepción al ejercicio de la función sancionadora del Estado que se rige por el principio de legalidad, es necesario que se sustente en una norma con el mismo rango para garantizar el mismo; es decir, una ley.

3.2.4. Zonas de amortiguamiento

El artículo 9 del Dictamen, propone que el Estado deberá establecer zonas de amortiguamiento a las Reservas Indígenas y garantizar que ellas cuenten con

³ Artículo 47 de la Ley N° 27444.- Enfoque intercultural

Las autoridades administrativas deben actuar aplicando un enfoque intercultural, coadyuvando a la generación de un servicio con pertinencia cultural, lo que implica la adaptación de los procesos que sean necesarios en función a las características geográficas, ambientales, socioeconómicas, lingüísticas y culturales de los administrados a quienes se destina dicho servicio.

⁴ Artículo 15 del Código Penal.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

⁵ Artículo 27 del Decreto Supremo N° 010-2019-MC.- Eximentes de responsabilidad

Constituyen criterios eximentes de responsabilidad por infracciones administrativas las siguientes:

(...)

g. El uso tradicional del territorio por parte de los pueblos indígenas, en ejercicio de sus derechos colectivos, en particular los de propiedad y de posesión sobre las tierras que ancestralmente ocupan, en el ámbito de las reservas territoriales, reservas indígenas y/o solicitudes para la creación de reservas indígenas.

h. El aprovechamiento tradicional de recursos naturales en las reservas territoriales y/o reservas indígenas, por miembros de pueblos indígenas del entorno a dichas Reservas.

un régimen precautorio y de prevención, a fin de garantizar el principio de no contacto e intangibilidad de las reservas.

Al respecto, debemos indicar es importante dotar de mayor protección a través de una extensión territorial adicional que proteja las reservas indígenas, sin embargo, es necesario definir claramente lo que se entiende por “zonas de amortiguamiento” en el marco de la normativa PIACI. En ese sentido, deberá definirse aspectos como: su naturaleza jurídica, el nivel de protección, competencias de las diversas entidades públicas, sus límites, el régimen sancionador en caso de vulneración y todos los efectos jurídicos que se derivan de reconocer dichas zonas. Es decir, otorgarle mayor contenido que el que actualmente posee en el Dictamen materia de la presente opinión legal.

Asimismo, tendría que otorgarse un plazo mayor a sesenta días al MINCUL y mayores competencias al Poder Ejecutivo para que, a través de un Decreto Supremo, y mediante mecanismos de articulación intersectorial se pueda dotar de contenido a las zonas antes mencionadas.

4. Conclusiones y sugerencias finales

Desde la SPDA, consideramos que es oportuno y necesario el debate para una mayor y mejor garantía de los derechos de los PIACI. En ese sentido, opinamos que:

- Es necesaria la modificación del inciso c) del artículo 5 de la Ley PIACI propuesta por el Dictamen, en la medida que fortalece el carácter de intangibilidad de las reservas indígenas y, de esa manera, garantiza el principio de no contacto.
- Es necesario que el Dictamen sea suficientemente claro con relación a las actividades que abarca la intangibilidad. En ese sentido, sugerimos incluir la prohibición expresa de proyectos de infraestructura, actividades de investigación, entre otros, además de la prohibición relativa al aprovechamiento de recursos naturales.
- Sugerimos que el Dictamen sea cuidadoso para no extrapolar categorías jurídicas como la propiedad en el contexto de los PIACI, al no contar con las condiciones habilitantes mínimas requeridas por la legislación nacional para ejercer este derecho.
- Con relación al régimen sancionador de la normativa PIACI, es adecuada la modificación propuesta. Sin embargo, a la luz del enfoque intercultural recogido en la Ley N° 27444 y tomando en consideración el contexto en el cual este procedimiento administrativo sancionador se ejecutará, se recomienda incorporar un eximente de responsabilidad que le permita a la entidad administrativa analizar criterios culturales que podrían impactar en la interiorización del sistema de fiscalización y sanción recogido en el Decreto Legislativo N° 1374.

- Resulta necesario determinar la naturaleza jurídica de las “zonas de amortiguamiento” en el marco de la normativa PIACI, así como definir aspectos como el nivel de protección, competencias de las diversas entidades públicas, sus límites, el régimen sancionador en caso de vulneración y todos los efectos jurídicos que se derivan de reconocer dichas zonas.

Por lo expuesto anteriormente, recomendamos que el Dictamen bajo análisis sea aprobado, con las atingencias presentadas expresamente en este informe.

Programa de Biodiversidad y Pueblos Indígenas

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA