

Proyecto de ley declarativo que impulsa carretera Boca Manu - Boca Colorado pone en riesgo pueblos indígenas y áreas naturales protegidas

Informe

Autores: Bryan Jara, Katherine Sánchez, Melissa Sánchez, Valeska Ruíz, Shiomara Yabar, José Bringas
Editoras: Carol Mora y Silvana Baldovino
Foto de portada: Diego Perez / SPDA

Cita sugerida:

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA (2023). *Proyecto de ley declarativo que impulsa carretera Boca Manu - Boca Colorado pone en riesgo pueblos indígenas y áreas naturales protegidas.* Lima: SPDA.

Se prohíbe la venta total o parcial de esta publicación, sin embargo, puede hacer uso de ella siempre y cuando cite correctamente a los autores.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Presidente: Jorge Caillaux
Directora ejecutiva: Isabel Calle
Directora del programa Política y Gobernanza Ambiental:
Carol Mora
Directora del programa Biodiversidad y Pueblos Indígenas:
Silvana Baldovino

Av. Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima
Teléfono: (+51) 612-4700
www.spda.org.pe

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) es una asociación civil sin fines de lucro que –desde su fundación en el año 1986– ha trabajado de manera ininterrumpida en la promoción de políticas y legislación ambiental y en el diseño e implementación de instrumentos que favorezcan el desarrollo sostenible bajo principios de gobernanza, equidad y justicia.

Proyecto de ley declarativo que impulsa carretera Boca Manu - Boca Colorado pone en riesgo pueblos indígenas y áreas naturales protegidas

Informe



Índice

1. Antecedentes	5
2. Base jurídica revisada	6
3. Conclusiones y recomendaciones	7
4. Opinión Legal	8
4.1. Sobre la naturaleza de proyectos de ley declarativos de interés nacional y/o necesidad pública	8
4.2. Sobre la aprobación del proyecto de ley que declara de interés nacional la planificación y construcción de infraestructura para el mejoramiento vial en el departamento de Madre de Dios, y los riesgos que traerían consigo su ejecución	9
4.3. Sobre los riesgos de afectación a los derechos de los pueblos indígenas	11

1. Antecedentes

Con fecha 30 de octubre de 2023, el Congresista de la República **Eduardo Salhuana Cavides**, miembro del Grupo Parlamentario Alianza para el Progreso, promovió el Proyecto de Ley N° 06259/2022-CR, “Proyecto de Ley que declara de interés nacional la planificación y construcción de infraestructura para el mejoramiento vial en el departamento de Madre de Dios” (en adelante, “el Proyecto de Ley”).

Un día después, el 31 de octubre, se desarrolló en Madre de Dios la sesión descentralizada de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso, liderada también por su presidente, Eduardo Salhuana. La sesión contó con la participación de los demás integrantes de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso, además, fue invitado el Ministro de Transportes y Comunicaciones, Raúl Pérez, quien dio cuenta de los proyectos que viene ejecutando su cartera; y también los alcaldes de al menos 8 distritos del departamento de Madre de Dios, funcionarios de organismos vinculados a este sector y representantes de mototaxistas.

En la agenda de dicha sesión sólo se anunció la votación de una propuesta de dictamen que acumulaba 15 iniciativas legislativas que proponía “declarar de interés nacional la construcción de diversas obras de infraestructura para el desarrollo descentralizado del país”. Dentro de esas 15 propuestas legislativas acumuladas no se incluyó el proyecto de Ley N° 06259-2023/CR.

Sin embargo, durante la sesión de la Comisión de Transportes, Eduardo Salhuana, en su rol de presidente, solicitó a los demás Congresistas participantes, que aprueben la acumulación de su proyecto de Ley en el texto del dictamen. No se mencionó que dicha propuesta legislativa no había cumplido con el trámite regular de solicitar opiniones técnicas a las entidades estatales competentes en la materia (como los Ministerios de Transportes y de Ambiente) ni que había sido presentada el día anterior.

La propuesta de dictamen, acumulando el proyecto de Ley N° 06259-2023/CR, fue aprobada por unanimidad con 13 votos.

Posteriormente, el 7 de noviembre, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología aprobó solicitar al Consejo Directivo del Congreso que, dada la materia del proyecto de Ley N° 06259-2023/CR, le sea derivado para su estudio, petición que hasta el 24 de noviembre no ha sido atendida.

Finalmente, el 16 de noviembre de 2023, se publicó el texto del Dictamen del Proyecto de Ley N° 3578/2022-CR y otros “Ley que declara de necesidad pública e interés nacional diversos proyectos y obras de infraestructura para el desarrollo descentralizado del país”, el cual comprende el presente proyecto de Ley.

Conforme a lo señalado en dicho proyecto, la finalidad del proyecto es que se

declare de interés nacional la planificación y construcción del Óvalo el Triunfo, distrito de Las Piedras, provincia de Tambopata; **la construcción de la interconexión vial Boca Manu 1 (distrito Fitzcarrald) — Boca Colorado (distrito Madre de Dios)**, provincia del Manu; y la ejecución del proyecto de inversión “Creación del Puente Carlos y accesos, distrito de Inambari, provincia de Tambopata (CUI 2391609)”, todos correspondientes al departamento de Madre de Dios, por coadyuvar al mejoramiento de acceso a las principales vías de comunicación vehicular, mediante un adecuado control del tránsito.

Sin embargo, este proyecto no ha contado con una adecuada evaluación de los alcances e impactos por parte de entidades estratégicas, como el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas y el Servicio Forestal y de Fauna Silvestre.

Asimismo, a pesar de la injerencia directa de la propuesta de carretera sobre territorios comunales, sobre la Reserva Territorial Madre de Dios y la Reserva Comunal Amarakaeri, tanto la Federación Nativa del río Madre de Dios y Afluentes (Fenamad) como el Ejecutor del Contrato de Administración de la Reserva Comunal Amarakaeri (ECA Amarakaeri), estos actores estratégicos no fueron convocados a la sesión ni han tenido oportunidad de presentar sus observaciones al referido Proyecto de Ley.

En este sentido, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA emite opinión legal al Proyecto de Ley, a fin de contribuir con dichos aportes al proceso de revisión y evaluación legislativa que realiza el Congreso de la República.

2. Base jurídica revisada

- Constitución Política del Perú.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos Naturales.
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.
- Ley 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.
- Ley N° 29875, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
- Decreto Supremo N° 087-2004-PCM, Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica (ZEE).
- Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- 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.

- Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales.
- Directiva Metodología de la Zonificación Ecológica y Económica, DCD N° 010-2006-CONAM-CD.
- Guía Metodológica para la Elaboración de los Instrumentos Técnicos Sustentatorios para el Ordenamiento Territorial - RM N° 135-2013-MINAM.
- Pautas Generales para la elaboración del Diagnóstico Integrado del Territorio, Resolución Ministerial N° 172-2016-MINAM.
- Lineamientos estratégicos y disposiciones complementarias para la conducción del proceso de OT - RM N° 098-2016-MINAM.

3. Conclusiones y recomendaciones

Desde la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental expresamos nuestro rechazo al proyecto de ley bajo análisis y recomendamos que sea desestimada su aprobación.

Consideramos que la aprobación de este tipo de proyectos declarativos sí puede tener efectos legales sustanciales que afecten derechos fundamentales (propiedad comunal, territorialidad indígena, y derechos ambientales) desnaturalizando la naturaleza preventiva del marco normativo ambiental, al promover proyectos con una alta probabilidad de impactos ambientales y sociales sobre diversos territorios comunales, como la Reserva Territorial Madre de Dios y la Reserva Comunal Amaraeri, así como el ocupado por comunidades nativas de la región que tienen pendientes procedimientos de georreferenciación y ampliación. Esta situación amerita la ejecución de un proceso de consulta previa legislativa.

Asimismo, la ruta proyectada impactará directamente en zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas de suma importancia como el Parque Nacional del Manu, y en otras modalidades de conservación como concesiones de conservación, corriendo el riesgo de promover actividades ilegales como la minería ilegal y actividades conexas.

Adicionalmente, es preciso indicar que este proyecto de ley no ha seguido el proceso regular de aprobación en las Comisiones del Congreso, siendo que el Dictamen de la Comisión de Transportes se ha emitido sin requerir las opiniones de actores relevantes, como el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas y el Servicio Forestal y de Fauna Silvestre. Tampoco se ha permitido que las organizaciones indígenas y de sociedad civil opinen al respecto.

Finalmente, hasta la fecha el Gobierno Regional de Madre de Dios no se ha pronunciado respecto a estos aspectos, sustentando únicamente la propuesta bajo la premisa de “progreso a la región”, cuando la viabilidad tanto ambiental y social no ha sido demostrada hasta la fecha por las autoridades competentes.

4. Opinión Legal

4.1. Sobre la naturaleza de proyectos de ley declarativos de interés nacional y/o necesidad pública

Previo al análisis legal del proyecto de ley en cuestión, es necesario brindar alcances sobre la línea incidental que se viene dando por parte del Congreso para formular propuestas que afectan de manera desmedida tanto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como la infraestructura y conectividad sostenible de diversos proyectos de inversión en las regiones del país.

Al respecto, la Constitución Política del Perú en sus Artículos 70° y 71° introduce la categoría de necesidad pública, mientras que en los Artículos 63° y 118° el concepto de interés nacional; sin embargo, no se ahonda más respecto a lo que dichos conceptos implican y cuándo deben ser utilizados. Lo cierto es que una premisa es cierta y es que estos elementos de sustento deben darse en el marco de respaldar el interés público y colectivo y jamás el privado o particular. Sobre todo porque las declaraciones de interés o de necesidad pública suelen estar acompañadas de excepciones o supuestos eximentes que desnaturalizan regímenes generales y estándares ambientales y sociales ya adoptados y pueden llegar a representar el sacrificio de derechos humanos, de manera que la discrecionalidad para invocarlas debe acotarse al máximo posible.

Así, por ejemplo, el Ministerio de Justicia, mediante Informe N° 036-2013-JUS/DNAJ, dio determinados alcances, al establecer que estas categorías deberán tener como objetivo el bienestar de la sociedad y reconducir a la satisfacción de los derechos fundamentales, lo cual tendrá como fin último la protección de la dignidad de la persona humana, atendiendo a los siguientes parámetros:

- Que su contenido esté vinculado al bien común.
- Que se contribuya a la realización de la dignidad humana.
- Que se fortalezcan los principios democráticos y la convivencia pluralista.
- Que permita evaluar otros dispositivos normativos que contengan derechos y deberes constitucionales, así como legales.
- Que integre un proceso de toma de decisión y sea materializado por los entes competentes del Estado.

Como se puede observar, los parámetros expuestos también se refieren a consideraciones generales sin mayor desarrollo normativo e interpretativo en el caso peruano de lo que implicaría cada uno de estos, ni de los supuestos a los que se encontrarán sujetos. Esta generalidad no debe implicar bajo ningún supuesto que estas figuras jurídicas puedan utilizarse deliberadamente ni debería emanar de una actuación arbitraria, sino, por el contrario, siempre debe establecerse de una actuación debidamente amparada en criterios técnicos y jurídicos que deberán quedar documentados en la respectiva exposición de motivos¹.

1 Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA. Informe legal: Dictamen del Proyecto de Ley N° 202/2016-CR que

Por otro lado, debe señalarse que, el informe señalado líneas arriba colige que este tipo de declaratorias han podido generar una serie de efectos, siendo el Estado quien deberá cumplir una serie de obligaciones, siendo estos los siguientes:

- A nivel cuantitativo: para la ejecución de las prestaciones estatales, resultaría necesario que se autorice una transferencia de partida presupuestal para el sector correspondiente.
- A nivel cualitativo: se buscaría procurar mejorar progresivamente la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual deviene en brindar un mayor bienestar a la sociedad (el cual debería ser brindado por el Estado)

Por tanto, las declaratorias de interés nacional o de necesidad pública no se limitarían solo a “declarar” la ejecución de un proyecto o actividad, sino que su aprobación de por sí ya podría generar una serie de efectos jurídicos y la restricción o afectación de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias, cuyo marco normativo vinculado a estos temas establece que, **de existir necesidad pública, se podrían realizar expropiaciones**. Y además, en su sexta disposición complementaria final, declaró de interés nacional y necesidad pública la instalación de infraestructura necesaria en el subsuelo para la ejecución de proyectos u obras declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura.

Es por ello que, desde la SPDA consideramos que la priorización de proyectos legislativo bajo el uso de estas categorías jurídicas genéricas (las cuales no han tenido un adecuado desarrollo exhaustivo a nivel reglamentario ni jurisprudencial) no deberían promoverse indiscriminadamente, en tanto que podrían validar la afectación futura de otros derechos fundamentales de forma mediata o inmediata, como el de propiedad comunal, territorialidad indígena, o en general derechos ambientales.

Asimismo, la aprobación de este tipo de normas resulta incompatible con la labor programática que el Poder Ejecutivo en sus tres niveles de gobierno debe liderar a través de idóneos procesos de planeamiento y sus instrumentos de planificación que se sustenten en la necesidad de atención de brechas sociales, de conectividad e inversión en general de manera comprobada, ya que la mirada proyecto a proyecto no permite realizar una adecuada evaluación de las implicancias sinérgicas y acumulativas de las intervenciones que se autorizan mediante leyes del Congreso.

4.2. Sobre la aprobación del proyecto de ley que declara de interés nacional la planificación y construcción de infraestructura para el mejoramiento vial en el departamento de Madre de Dios, y los riesgos que traerían consigo su ejecución

propone la “Ley que declara de necesidad pública y preferente interés para la región Loreto la ejecución del proyecto carretero Requena – Genaro Herrera – Angamos”. 2021. Pp. 5 y 6.

El pasado 30 de octubre del presente año, se presentó el Proyecto de Ley N° 06259/2022-CR “Proyecto de Ley que declara de interés nacional la planificación y construcción de infraestructura para el mejoramiento vial en el departamento de Madre de Dios”, el cual busca la mejorar el acceso a la principales vías de comunicación vehicular, mediante un adecuado control de tránsito, dentro del mismo se menciona la carretera en cuestión, enmarcándose el proyecto Boca Manu - Boca Colorado en las rutas departamentales MD-101, MD-103, pero también en la ruta nacional PE-5S.

Esta ruta se encuentra ubicada en la localidad de Boca Manu, a 189 kilómetros de Puerto Maldonado y es la capital del distrito de Fitzcarrald, provincia del Manu, en Madre de Dios, siendo promovida también por el Gobierno Regional de Madre de Dios.

Los argumentos suelen ser los mismos con los que se suelen justificar casi todas las carreteras en la Amazonía. Sin embargo, en este caso en particular, esta carretera podría representar amenazas muy serias a áreas protegidas como el Parque Nacional del Manu, la Reserva Comunal Amarakaeri, la Reserva Territorial Madre de Dios (establecida en 2002 y que protege a los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (PIACI) mashco piro, yora y otros pueblos no identificados) y la concesión para conservación Los Amigos, ubicadas a los alrededores. Basta superponer un mapa con la deforestación causada por la minería ilegal en Madre de Dios para ver cuán cerca se encuentra la carretera de la Reserva Comunal Amarakaeri.

En la publicación “Análisis económico del impacto de la interconexión vial Boca Manu – Boca Colorado. Informe final - Resultados del análisis costo beneficio con externalidades y análisis de la alternativa de conexión fluvial”, publicado por Grade en el 2021², se realiza un estudio bastante detallado de las posibles implicancias de esta carretera, cuantificando costos de inversión, posibles beneficios y el costo ambiental para el entorno.

Como consecuencias negativas de la construcción de esta vía se indica también la potencial expansión de la frontera agrícola en la zona, ya que la carretera “abriría o facilitaría el acceso a áreas básicamente naturales, ahora en peligro de ser convertidas a usos agropecuarios”.

Además, se menciona que “debe considerarse la posible generación de conflictos sociales y la posibilidad de que la construcción de una carretera en un área con presencia de actividades ilegales pueda actuar como un elemento habilitante para su desarrollo.

Al incrementar drásticamente la accesibilidad, la carretera puede transformar la dinámica económica y social, incrementando la migración hacia las fronteras

² Análisis económico del impacto de la interconexión vial Boca Manu – Boca Colorado - Informe final, Grade 2021.
Fuente: <https://peru.fzs.org/wp-content/uploads/2022/07/ana%CC%81lisis-econo%CC%81mico-del-impacto-de-la-interonexio%CC%81n-vial-boca-manu-boca-colorado-grade.pdf>

forestales. Esto puede fomentar la especulación de tierras y la práctica de actividades como minería ilegal, caza furtiva, tala ilegal y producción ilícita de drogas. Estas prácticas pueden exacerbar los problemas ambientales (ej. degradación, contaminación y deforestación) y sociales (ej. incremento de la criminalidad) y requerir mayores gastos para el control y la aplicación de la ley. (...) Asimismo, podría generarse una mayor afluencia de trabajadores migrantes o colonos, lo cual puede ser percibido como una amenaza a las estructuras sociales tradicionales, generando polarización entre locales y migrantes”.

Asimismo, en la publicación se realizó un análisis de costo-beneficio de la carretera, considerando los potenciales riesgos y mejoras a las comunidades locales, como la deforestación y el mayor acceso al mercado, así como un aproximado de los autos que usarían la misma. Como resultado las externalidades positivas y los beneficios directos del proyecto no compensan las externalidades negativas ni el monto de inversión del proyecto” y concluye indicando que “el proyecto de interconexión vial Boca Manu-Boca Colorado implica mayores costos que los beneficios que generaría en términos de reducción de costo de transporte debido al bajo volumen tráfico”.

En esa línea, con el análisis mencionado podemos identificar que es necesario que exista una proporcionalidad de lo invertido por el Estado y la rentabilidad que brindará a las comunidades cercanas a la zona en cuestión. El proyecto en cuestión no es un ejemplo del mismo, puesto que al incluir costos tan altos, que no superan los costos y externalidades, no debe ser clasificado como un proyecto viable.

Por otro lado, hasta la presente fecha en la que se elabora este informe legal, desde la SPDA se han enviado solicitudes de acceso a la información al Gobierno Regional de Madre de Dios, pero sin contar con una respuesta oportuna, siendo importante denotar la importancia de la transparencia de información por parte de estas autoridades, y más aún cuando se requieren al ente que impulsa el presente proyecto vial, el cual de manera directa afecta a poblaciones y/o pueblos indígenas. Por tal motivo, desde la SPDA, consideramos que el derecho de acceso a la información no puede verse limitado ni truncado.

4.3. Sobre los riesgos de afectación a los derechos de los pueblos indígenas

4.3.1. La obligación del Estado de garantizar el reconocimiento del derecho a la tierra y territorio de los pueblos indígenas y originarios

De acuerdo con el artículo 88 de la Constitución, el Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. Es decir, se compromete a garantizar la propiedad colectiva en nuestro país. Esta disposición debe interpretarse a la luz de lo determinado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos de rango constitucional ratificados

por el Perú, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución³. Por ello, es necesario resaltar que el Estado peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT (en adelante, el Convenio 169) mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 5 de diciembre de 1993 y que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue ratificada en 1978.

El derecho de propiedad está reconocido en el artículo 21 de la CADH y, de manera más específica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha reconocido que la CADH también protege el derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas⁴. En ese sentido, la Corte IDH ha indicado que el concepto de “bienes” utilizado en el artículo 21 de la CADH incorpora la estrecha vinculación que tienen los pueblos y comunidades con el territorio ya que involucra tradiciones y costumbres ancestrales que se ejercen en dichos territorios y reflejan un nexo de identidad entre una comunidad y su tierra⁵.

“(…) 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 de que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁶.

Por otra parte, el Convenio 169 reconoce el derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas en sus artículos 13, 14, 17 y 18. El artículo 14 establece que los Estados deben garantizar el derecho de propiedad de los pueblos sobre sus tierras, así como la posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Respecto de la posesión tradicional sobre las tierras, ésta tiene características particulares que responden a la relación que sostienen con estos espacios y sobre los cuales ejercen sus derechos colectivos:

La Corte IDH ha indicado que la posesión equivale al título de pleno dominio que otorga el Estado⁷. La ocupación y el uso tradicional determinan el derecho a las

3 Tribunal Constitucional. Sentencia del EXP 0025-2005-PI/TC de 28 de octubre de 2005. Fundamento 33.

4 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. “148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.”

5 Salmón, Elizabeth. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario, 2014.

6 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 149.

7 Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 215.

tierras de los pueblos indígenas “y no un eventual reconocimiento o registro legal oficial de dicha propiedad”⁸.

- El artículo 14.1 del Convenio precisa que los Estados también deberán tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos a utilizar tierras a las que tradicionalmente han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.
- La ocupación y el acceso tradicional deben ser garantizados así no sean ejercidos según la forma prevista por la legislación vigente⁹. En dicho supuesto, se deberán prever mecanismos adecuados para determinar la ocupación tradicional según las formas y tradiciones indígenas¹⁰.

Pues bien, en base a lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en distinta jurisprudencia:

- Reafirma que el artículo 88 de la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa y que, según artículo 89 la Constitución, prescribe que “las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras (...)”¹¹.
- Interpreta que los artículos 88 y 89 de la Constitución deben incluir el concepto de territorio. Mientras que el concepto de tierra se restringe a la dimensión civil o patrimonial, el concepto territorio tiene una vocación política de autogobierno y autonomía, la cual se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas. Así reconoce cierto ámbito de autonomía política lo cual “no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas”.
- Resalta la protección que requiere la especial relación entre los pueblos indígenas u originarios y sus tierras y territorios.
- Reconoce que los pueblos indígenas desarrollan su identidad cultural, y de ese modo aseguran su unidad y supervivencia, a través de su territorio, ya que solo en ese espacio geográfico se desarrollarían las actividades que identifican a la comunidad.
- Asimismo, reitera lo señalado por la Corte IDH al reconocer que “la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro”.

8 Oficina Internacional del Trabajo, “Comprender El Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169): Manual Para Los Mandantes Tripartitos de La OIT”, Pág. 21.

9 OIT, Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), Informe VI (1988); y Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights* (2002). Citado por Salgado y Gorniz, pág. 196.

10 Oficina Internacional del Trabajo, “Comprender El Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169): Manual Para Los Mandantes Tripartitos de La OIT.” Pág. 22

11 Tribunal Constitucional. Sentencia del EXP 01126-2011-HC/TC de 11 de septiembre de 2009. Fundamento 25.

El Proyecto de Ley establece una fórmula declarativa sin tomar en consideración el impacto que esta medida puede tener en el derecho de propiedad de los pueblos indígenas de nuestro país. Esto vulnera la obligación expresa del Estado de proteger la propiedad comunal y, en específico, la especial relación que los pueblos indígenas tienen con su territorio.

En efecto, facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura vial sin considerar que estos espacios pueden coincidir con territorios de pueblos indígenas no titulados o, lo que es aún más alarmante, de grupos aún no reconocidos como comunidades, o pueblos indígenas en aislamiento disminuye los estándares de protección al derecho de propiedad comunal y ancestral constitucionalmente reconocido.

4.3.1.1. El impacto sobre territorios de comunidades nativas de Madre de Dios que se encuentran dentro del radio de 10 km de la propuesta del trazo carretero

Es necesario que el Congreso de la República durante la discusión de este tipo de propuestas, y haciendo uso de sus facultades fiscalizadoras, exija información actualizada a los gobiernos regionales y ministerios pertinentes sobre la brecha de titulación de comunidades nativas existente en nuestro país. Hasta el año 2021, el gobierno de turno identificó 625 comunidades nativas sin título de propiedad y otras 874 que tenían un título de propiedad que necesitaba ser georreferenciado. Es decir, existe una amplia brecha sobre la cual no existe información exacta.

Y este no es un contexto aislado. De acuerdo con información recopilada por la SPDA, la brecha actual de saneamiento físico legal de territorios comunales en Madre de Dios según nuestros propios registros es la siguiente:

Procedimiento	Comunidades nativas pendientes	Comunidades nativas en el tramo de la propuesta de carretera Boca Manu – Boca Colorado
Demarcación y titulación	11	
Georeferenciación del territorio titulado	9	Isla de los Valles, Masenawa, San José de Karene y Boca Ishiriwe
Ampliación de territorio	14	Isla de los Valles, Diamante, Boca Ishiriwe, Masenawa y Puerto Azul, San José de Karene
Total	34	6

Como se aprecia, existen 6 comunidades nativas ubicadas en el tramo Boca Manu - Boca Colorado al que hace referencia el Proyecto de Ley. Si bien estas comunidades tienen títulos de propiedad, estos resultan inexactos ya que no han sido georreferenciados (proceso a través del cual se determinan con exactitud los límites del territorio con el uso de tecnología adecuada que permite el ingreso de esta data en los catastros nacionales) o no resultan suficientes para la población de este grupo por lo que se requiere reconocer una mayor extensión de territorio como consecuencia de su posesión.

La falta de seguridad jurídica sobre las tierras ocupadas por las comunidades nativas las pone en situación de riesgo mayor, mientras no cuenten con títulos de propiedad completamente saneados, las invasiones siempre son una amenaza. Una de las principales consecuencias que generan las carreteras sobre las zonas de su influencia es la degradación de la biodiversidad en los territorios ocupados por los pueblos indígenas, lo que se traduce en el cambio de hábitat y ecosistemas de su entorno natural y, en consecuencia, a la pérdida de espacios naturales de caza, pesca y recolección de frutos y plantas.

4.3.1.2. Posible afectación a pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial

La Reserva Territorial Madre de Dios (RTMDD), ubicada en las provincias de Tambopata, Manu y Tahuamanu, fue creada en abril de 2002 mediante Resolución Ministerial N° 427-2002-AG. Con una extensión de 829,941 hectáreas, alberga al pueblo en aislamiento Mashco Piro. Las reservas indígenas son tierras delimitadas por el Estado peruano a favor de los PIACI en tanto mantengan tal situación (Ley 28736, art. 2, lit. d). Si bien esta figura jurídica fue introducida por la Ley PIACI en el año 2006, ya el Decreto Ley 20653, Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, de 1974; y, el Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario que la derogó, hablaban de la demarcación de territorios para pueblos indígenas. Es en este contexto que se categoriza la RTMDD, que aunque no ha sido adecuada a la figura de las reservas indígenas, cuenta con la misma protección legal.

Si bien las reservas indígenas (figura introducida por la Ley PIACI) son el mecanismo central del Régimen Especial Transectorial que dirige el Ministerio de Cultura para la protección de los PIACI y se caracterizan por su intangibilidad, salvo casos excepcionales, estos pueblos no solo se encuentran en ellas. En el caso de la región Madre de Dios, existe evidencia de PIACI en el Parque Nacional del Manu (Mashco Piro y Matsigenka) y en la Concesión para la Conservación Los Amigos, (Mashco Piro).

Como se ha mencionado en este y en informes anteriores, al incrementarse la accesibilidad mediante la construcción de infraestructura vial, se puede incrementar no solo la presencia de trabajadores que ahora se van a instalar en las zonas aledañas a ésta sino también la práctica de actividades como minería ilegal, caza furtiva, tala ilegal y producción ilícita de drogas. Estas últimas representan una amenaza directa contra los PIACI y sus territorios. Al respecto, es importante señalar que en comparación con cualquier grupo de la sociedad nacional,

los PIACI son los más vulnerables a todo nivel: sanitario, territorial, sociocultural y demográfico. En consecuencia, las normas internacionales han puesto especial atención en requerir a los Estados la obligación de garantizar sus derechos, haciendo especial énfasis en el respeto de su autonomía y desarrollo.

La forma por excelencia que se contempla en los instrumentos internacionales es el respeto y protección al territorio que estos pueblos ocupan de manera ancestral. Ello, por el nivel de interdependencia que existe entre estos pueblos y sus territorios. En el Perú, este precepto se materializa a través de la figura de las reservas indígenas y territoriales, territorios intangibles, y el respeto al principio de no contacto, contenido en la Directiva N° 004 -2014-VMI-MC, “Normas, Pautas y Procedimiento que regulan las Autorizaciones Excepcionales de Ingreso a las Reservas Indígenas”.

Sin embargo, todos estos derechos muchas veces son vulnerados no sólo por los tiempos excesivos para la categorización de las reservas, lo que conlleva a una superposición de derechos que hace más difícil el proceso; y la insuficiente presencia del Estado para el control de las reservas; sino también por proyectos normativos como el proyecto de ley bajo comentario, que no contemplan el nivel de afectación real que conllevan tanto para la biodiversidad como para los pueblos que habitan los territorios aledaños al trazado de la carretera. En el caso de PIACI, se sabe que el contacto puede conllevar incluso al exterminio de un pueblo. En la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti y otros, el contacto forzoso con madereros y trabajadores de la empresa petrolera Royal Dutch Shell ocasionó la muerte de aproximadamente 46% del pueblo Nahua a causa del contagio de enfermedades comunes.

4.3.2. Sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas u originarios

Toda vez que los efectos “declarativos” del Proyecto de Ley se impactarán directamente sobre los derechos fundamentales colectivos como la participación, la tierra y el territorio, el desarrollo y autogobierno, entre otros, reconocidos por el Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia nacional e internacional, esta propuesta legislativa debe ser sometida a un proceso de participación y consulta previa a su aprobación a las organizaciones que representan a los pueblos indígenas, en su diversidad.

De acuerdo con el artículo 7 del Convenio 169, los pueblos indígenas tienen derecho a decidir libremente sobre aquello que atañe su proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación y evaluación de planes y programas de desarrollo que puedan afectarles directamente. En el Perú, desde el año 2011 contamos con la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, la cual pretende garantizar mecanismos que permitan llevar a cabo procesos de consulta que aseguren un consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas consultados al señalar que la consulta previa 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, sobre 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. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado (Art. 2 de la Ley 29875).

Sin embargo, actualmente solo se realiza consulta previa a aquellos procedimientos sectoriales adoptados por el Poder Ejecutivo, quedando pendiente que el Congreso cumpla con implementar el proceso de consulta previa de las medidas legislativas que pueden afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, lo cual resulta necesario y prioritario. Al respecto, llama la atención que la autógrafa no incluyera un análisis sobre la necesidad de activar o no un mecanismo que permita consultar esta propuesta con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, bastando la aplicación del Convenio 169 y de la jurisprudencia internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos pertinente mencionar que el Congreso de la República aún tiene pendiente la modificación de su Reglamento para brindar información clara y específica sobre cómo llevan a cabo el análisis de pertinencia respectivo para ejecutar un procedimiento de consulta a medidas legislativas. Al respecto, se debe recordar que se encuentra en pendiente la emisión del Dictamen respectivo sobre el Proyecto de Resolución Legislativa N° 5126/2022-CR que modifica el Reglamento del Congreso de la República a fin de garantizar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, que contiene reglas claras sobre la oportunidad y etapas que debería tener la consulta previa legislativa, asegurando la participación temprana y adecuada de los pueblos indígenas en el proceso de adopción de una medida legislativa.

Finalmente, es importante resaltar que a través de la Sentencia de Acción Popular N° 29126-2018, el Tribunal Constitucional dispuso la nulidad con efecto retroactivo por ilegal de la Décimo Quinta Disposición Complementaria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que señalaba “La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento”. Al declararse su ilegalidad, no queda duda alguna que el supuesto detallado en el Proyecto de Ley es una acción que deberá ser consultada también cuando sea implementada ya que la planificación y construcción de infraestructura para el mejoramiento vial en el departamento de Madre de Dios, bajo análisis, requiere un proceso de consulta previa, libre e informada conforme al derecho.

La no aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas ha sido y es una grave afectación a sus derechos, debido a que se está discutiendo sobre un asunto que atañe directamente el desarrollo de la vida, no solo en el manejo de sus territorios, sino también en el manejo de su identidad cultural y cosmovisión.



SPDA

www.spda.org.pe

(511) 612 4700

info@spda.org.pe

Prolongación Arenales 437,
San Isidro, Lima - Perú