CAMBIO CLIMÁTICO, ENERGÍA Y MEDIO AMBIENTE

LOS TICCA Y LAS POLÍTICAS DE CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD EN EL PERÚ

Hacia el reconocimiento normativo del aporte de los TICCA amazónicos a la conservación de la biodiversidad

Cristina Gavancho

Octubre 2020



Si bien han transcurrido más de 40 años desde la promulgación de la primera ley que reconoció la propiedad de las tierras a los indígenas amazónicos en el Perú, persiste el sentido de inseguridad respecto de sus tierras y recursos, además de que otros derechos, como el de la consulta previa, son vulnerados día a día.



Los conflictos territoriales se profundizan y el Estado peruano incumple las normas internacionales de derechos humanos que protegen a los indígenas, como el Convenio 169 de la OIT, que estipula reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.



Existe una línea bien establecida de jurisprudencia y comentarios en relación con los pueblos indígenas y tribales que interpreta la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT de manera conjunta e interdependiente, y el presente documento estará basado, en particular, en los principales casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.







LOS TICCA Y LAS POLÍTICAS DE CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD EN EL PERÚ

Hacia el reconocimiento normativo del aporte de los TICCA amazónicos a la conservación de la biodiversidad

Índice

CONCLUSIÓN	19
Obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras y territorios de los pueblos indígenas	9
DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD ENTRE LA CONSERVACIÓN DE BIODIVERSIDAD CONCEBIDA DESDE EL ESTADO	8
ANTECEDENTES DE HECHO DE ESTE CASO	7
INTRODUCCION	2

INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas son los agentes de la mayor parte de la diversidad cultural del mundo. Sus modalidades distintas de existencia varían considerablemente de un lugar a otro. De las 6000 culturas que existen en el mundo (cifra aproximada), entre 4000 a 5000 son culturas indígenas. Además, de las 6000 lenguas en el mundo, tres cuartas aproximadamente son habladas por pueblos indígenas. Muchas de las regiones de la más intensa diversidad biológica de la Tierra son habitadas por pueblos indígenas. Los "17 biológicos", es decir, los 17 países que albergan más de dos terceras partes de los recursos biológicos de la Tierra - Australia, Brasil, China, Colombia, Ecuador, Estados Unidos de América, Filipinas, India, Indonesia, Madagascar, Malasia, México, Papúa Nueva Guinea, Perú, República Democrática del Congo, Sudáfrica y Venezuela- son también los territorios tradicionales de la mayoría de los pueblos indígenas del mundo. Cuando examinamos la distribución global de los pueblos indígenas, observamos que existe una marcada correlación entre las regiones de intensa diversidad biológica y las regiones de intensa diversidad cultural. Esta relación es particularmente marcada en las zonas de selva tropical, entre ellas las que existen a lo largo del Amazonas y en la América Central, África, el Asia sudoriental, Filipinas, Nueva Guinea e Indonesia. De los nueve países en los que se habla el 60 % de las lenguas, seis albergan también cantidades excepcionales de especies vegetales y animales que solo se encuentran en estos lugares.

En el Perú viven actualmente 55 pueblos indígenas u originarios. De ellos, 4 de los Andes y 51 son originarios de la Amazonía, con diferencias en cuanto a idioma, costumbres y maneras de vivir. Estos pueblos descienden de una extensa civilización adaptada al bosque tropical amazónico que data de varios miles de años atrás.

Entre los años cincuenta y ochenta del siglo pasado, las políticas del gobierno central promovieron la conquista de la Amazonía como un deber nacional, políticas que tuvieron un tremendo impacto sobre los territorios de los pueblos indígenas al generar masivas invasiones de colonos que se apoderaron de las tierras ancestrales de

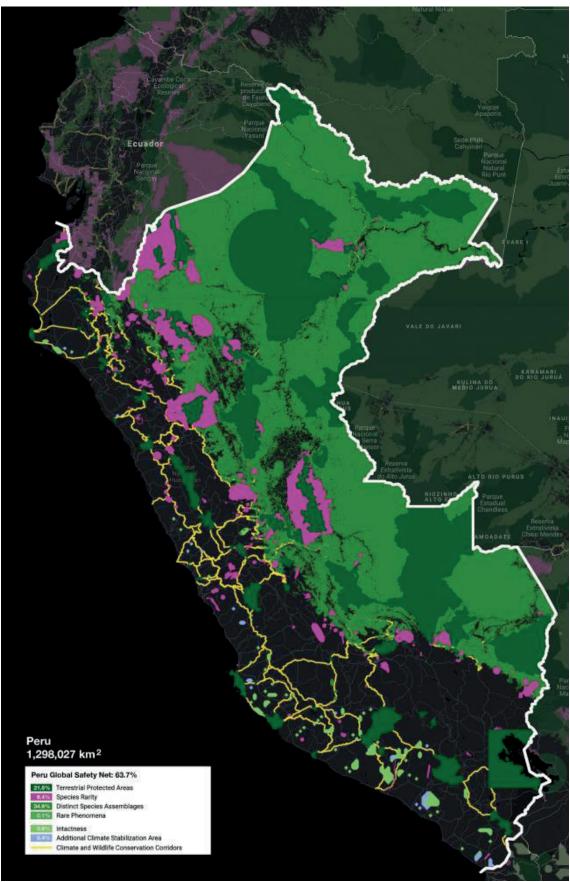
los indígenas, a menudo por la fuerza. Esta experiencia traumática ha dejado en ellos huellas profundas, como un arraigado sentido de inseguridad respecto a sus tierras y recursos naturales, y una desconfianza generalizada frente a los representantes del gobierno y los intereses económicos externos.

En este contexto de crisis, en 1969 la organización indígena del pueblo Yánesha –primera en su género-envió un memorial al presidente de la República exigiendo garantías para sus territorios. Cinco años después, el Estado peruano reconoció por ley (D. L. N.º 20.653) la existencia de estos pueblos y sus derechos constitucionales como ciudadanos. Una de las características del proceso de legalización de tierras en el Perú es la titulación de los territorios indígenas (TI) a través de unidades locales, llamadas comunidades nativas.

Dicha opción respondía a la realidad de las comunidades conocidas en ese tiempo, que habían sido objeto de procesos de fragmentación y colonización. Frente a este panorama, algunas organizaciones indígenas y ONG hicieron esfuerzos para unir estos espacios fragmentados y, en lo posible, reconstruir progresivamente verdaderos espacios integrales que respondan al concepto de territorios indígenas. Esto fue el caso de las comunidades Wampís y Awajún del Alto Río Marañón y de las comunidades Machiguenga del medio Río Urubamba.

El D. L. N.º 20.653 permitió a los pueblos indígenas exigir al Estado la titulación de sus tierras como propiedad colectiva, lográndose hasta principios de 2015 la inscripción y titulación de más de 1300 comunidades nativas, de entre las 2000 comunidades nativas existentes.

Esto ha sido posible gracias al empeño de algunos gobiernos nacionales, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep), organizaciones de la sociedad civil y agencias financieras internacionales.



Fuente: https://www.servindi.org/actualidad-noticias/10/09/2020/los-pueblos-indigenas-son-guardianes-esenciales-de-la-naturaleza

Desde 1974 hasta la fecha, la legislación ha oscilado entre el fortalecimiento nacional e internacional de los pueblos indígenas y el debilitamiento de los derechos y garantías que amparan a los pueblos indígenas, incluyendo intentos de reducir sus territorios a favor de empresas extractivas y la construcción de infraestructura.

A pesar de ser parte de la historia del Perú y de jugar un importante rol como proveedores de alimentos, las comunidades tienden a ser invisibilizadas por el Estado y la gran mayoría de la población nacional: no se sabe con seguridad quiénes las integran, dónde están y cuántas son. No existen cifras ni registros oficiales sobre la población indígena y sus territorios.

Si bien han transcurrido más de 40 años desde la promulgación de la primera ley que reconoció la propiedad de las tierras a los indígenas amazónicos en el Perú, persiste el sentido de inseguridad respecto de sus tierras y recursos, al tiempo que otros derechos como el de la consulta previa, son vulnerados día a día. Los conflictos territoriales se profundizan, y el Estado incumple las normas internacionales de derechos humanos que los protegen, como el Convenio 169 de la OIT (firmado por el Perú en 1989 y ratificado en 1994) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

El Estado peruano reconoce los territorios indígenas como tales. El Convenio OIT N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del año 1989 y aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 26253, estipula que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Estipula también que deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados. Así mismo, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), adoptada por Perú en la Cumbre de las Naciones Unidas, se declara que las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

La legislación peruana define a los pueblos indígenas como pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales (Ley N.º 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos). La Constitución peruana reconoce a los pueblos indígenas como organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y 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.

La Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, dice en su artículo 70 que en el diseño y aplicación de la política ambiental y, en particular, en el proceso de ordenamiento territorial ambiental, se deben salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por el Estado. Las autoridades públicas promueven su participación e integración en la gestión del ambiente. De manera más específica, en el artículo 10 del Decreto Ley N.º 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, se estipula que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas, levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad.

En el caso de superposición con áreas naturales protegidas por el Estado, el artículo 5 de la Ley N.º 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, estipula que el ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales estas fueron creadas. El Estado evaluará en cada caso la necesidad de imponer otras limitaciones al ejercicio de dichos derechos. Los objetivos y fines de creación de un Área Natural Protegida varían en función de la categoría del área (parques nacionales, santuarios nacionales, santuarios históricos, reservas paisajísticas, refugios de vida silvestre, reservas nacionales, reservas comunales, bosques de protección, cotos de caza). Esto determina su condición legal, finalidad y usos permitidos. Por lógica, los fines y objetivos de la creación de un Área Natural Protegida persiguen la conservación de la misma. Esto no se contrapone y más bien, coincide con los esfuerzos de los pueblos indígenas por conservar sus territorios. Esta intersección de intereses se ve reflejada en el Decreto Supremo N.º 020-2016-MINAGRI, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento sobre Formalización del Reconocimiento de Zonas de Agrobiodiversidad orientadas a la conservación y uso sostenible de especies nativas cultivadas por parte de pueblos indígenas.

Sobre el particular, el doctrinario y profesor de derecho ambiental Henry Carhuatocto Sandoval manifiesta que uno de los mayores conflictos que se generan en un área natural protegida es el ejercicio del derecho de propiedad y demás derechos reales, adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida. El artículo 5 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas establece que dichos derechos deben ejercerse en armonía con los objetos de conservación del área natural protegida, ello significará restricciones y limitaciones inevitables.

Las opiniones técnicas favorables obligatorias en el ámbito del desarrollo de proyectos de inversión y su respectivo estudio de impacto ambiental tienen por objeto evitar la superposición de derechos de aprovechamiento de recursos naturales entre los administrados, y proteger el interés general de conservar el medio ambiente, y promover el desarrollo sostenible de las actividades económicas. Así, bajo esta lógica, es que se ha establecido que se requerirá en la etapa de evaluación un estudio de impacto ambiental, opinión de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), cuando existan recursos hídricos que puedan ser afectados; lo propio ocurrirá cuando estén involucrados recursos forestales, recursos culturales, recursos turísticos o espacios protegidos, donde se requerirá opinión previa del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), Ministerio de Cultura (Mincul), Ministerio de Agricultura y Riego (Minagri), y el Servicio de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp).

Existe una línea bien establecida de jurisprudencia y comentarios en relación con los pueblos indígenas y tribales que interpreta la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT de manera conjunta e interdependiente, y este informe estará basado en particular en los principales casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o la Corte Interamericana). La jurisprudencia de la Corte IDH demuestra el progreso considerable en el desarrollo del reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas que se ha producido desde la adopción del Convenio 169 de la OIT hace veinte años, la mayoría de la cual se encuentra capturada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos

de los pueblos indígenas (DNUDPI)¹. La lectura conjunta del Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana y la DNUDPI es consecuente con el artículo 35² del Convenio 169 de la OIT, una disposición que es análoga al artículo 29(b) de la Convención Americana³.

De hecho, las violaciones de derechos humanos que surgen en el caso presentado ante la Corte están relacionadas principalmente con la vulneración subyacente del derecho a la propiedad, por ello el Estado debe asumir las siguientes obligaciones:

- La obligación del Estado de delimitar, demarcar y otorgar títulos oficiales a los pueblos indígenas sobre toda la extensión de sus tierras y territorios consuetudinarios, incluyendo aquellas tierras clasificadas como "áreas forestales", y de reconocer que dicha propiedad incluye inherentemente todos los derechos de acceso y uso de los recursos naturales dentro de dicho territorio.
- La obligación del Estado de integrar sus actividades de conservación con el respeto de los derechos humanos en general, y los derechos territoriales de los pueblos indígenas en particular incluyendo la necesidad de garantizar que cualquier deterioro de los derechos de los pueblos indígenas sea necesario, proporcionado y legítimo, y no amenace su supervivencia física y cultural.
- La obligación de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en relación con cualquier actividad o proyecto que se proponga realizar sobre sus tierras y territorios consuetudinarios, o que puedan tener un impacto sobre sus derechos a poseer, acceder o usar sus recursos naturales, antes de que dichas actividades se lleven a cabo. Cuando las actividades (incluso las acumulativas) sean a gran escala o amenacen la integridad física o cultural de los pueblos afectados, se debe garantizar que dichas actividades se realicen únicamente con su consentimiento libre, previo e informado.

¹ El Gobierno peruano votó a favor de la adopción de la DNUDPI en el 2007.

El artículo 35 del Convenio 169 de la OIT establece que: "[I]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos naciona-

³ El artículo 29(b) de la Convención Americana establece que: "[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... (b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

- La obligación de realizar evaluaciones del impacto social y ambiental, con la participación plena de los pueblos afectados de conformidad con los principios establecidos por las Directrices Akwé: Kon, antes del inicio de cualquier proyecto sobre las tierras y territorios de los pueblos indígenas (incluyendo los proyectos de conservación).
- La obligación del Estado de proporcionar una compensación en el caso de expropiación de la propiedad de los pueblos indígenas, incluyendo cuando la propiedad no ha sido titulada con anterioridad por el Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO DE ESTE CASO

En virtud del artículo 4 de la Ley N.º 26834 (Ley de Áreas Naturales Protegidas) (en adelante Ley ANP), las tierras de las áreas protegidas (y el ACR-CE es una de ellas) forman parte del dominio público, y no pueden ser adjudicadas a favor de individuos. El artículo 4 dispone así mismo que, cuando se declara un área protegida en una zona que incluye tierras privadas, se pueden imponer restricciones sobre el uso de la propiedad privada, junto con los mecanismos de compensación correspondientes. Otras disposiciones pertinentes se mencionan brevemente en la siguiente sección.

Sin embargo, estos parámetros deben ser leídos conjuntamente con los parámetros pertinentes con respecto a las áreas protegidas (que cubren la gran mayoría del área cubierta por el contrato de cesión en uso). La Ley ANP y su decreto de implementación (Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, adoptado por Decreto Supremo N.º 038-2001-AG, en adelante Reglamento ANP), permiten además varias restricciones en el uso de las tierras dentro de un área protegida, a la vez que otorgan algunas protecciones a las comunidades indígenas. Las disposiciones pertinentes incluyen:

- Según el artículo 5 del Reglamento ANP, el requisito de que el derecho de propiedad de los titulares preexistentes debe ejercerse de acuerdo con los objetivos del área protegida.
- El artículo 31 del Reglamento ANP exige que el manejo del área protegida preste atención prioritaria para garantizar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades indígenas que habitan las áreas naturales protegidas, respetando su libre determinación "en la medida que dichos usos resulten compatibles con los fines de las mismas".

El artículo 9 del Reglamento ANP establece que en la aplicación de las disposiciones del Reglamento, "se reconoce, protege y promociona los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales y económicas

propias de las comunidades... nativas, tal como lo estable el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en particular según en su Parte IX y en armonía con los objetivos de creación de las Áreas Naturales Protegidas".

- El artículo 89 del Reglamento ANP dispone lo siguiente:
 - "1 El Estado reconoce los derechos adquiridos, tales como propiedad y posesión entre otros, de las poblaciones locales incluidos los asentamientos de pescadores artesanales y las comunidades campesinas o nativas, que habitan en las Áreas Naturales Protegidas con anterioridad a su establecimiento. En el caso de las comunidades campesinas o nativas vinculadas a un Área Natural Protegida, se debe considerar esta situación en la evaluación del otorgamiento de derechos para el uso de los recursos naturales con base a la legislación de la materia y los Convenios Internacionales que al respecto haya suscrito el Estado, en particular reconociéndose los conocimientos colectivos de las mismas.
 - 2 El acceso y uso de las comunidades campesinas o nativas de los recursos naturales ubicados en un Área Natural Protegida, implica la posibilidad de aprovechar las especies de flora y fauna silvestre permitidas, así como sus productos o subproductos, con fines de subsistencia. Para tal efecto se determina en cada caso los alcances del concepto de subsistencia en coordinación con los beneficiarios. En ningún caso pueden ser comprendidas especies de flora y fauna en vías de extinción.
 - 3 Las especies, productos o subproductos de los mismos, de ser destinados a dicho aprovechamiento, en ningún caso pueden ser extraídos de Zonas de Protección Estricta ni Zonas Silvestres, o si ponen en riesgo los fines y objetivos de creación del Área Natural Protegida".

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD ENTRE LA CONSERVACIÓN DE BIODIVERSIDAD CONCEBIDA DESDE EL ESTADO

Está bien establecido en el derecho internacional y regional en materia de derechos humanos que los pueblos indígenas tienen el derecho a la propiedad sobre sus tierras consuetudinarias. El artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege el derecho a la propiedad, lo cual es sostenido por la Corte Interamericana al considerar que dicho artículo "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"⁴. La Corte Interamericana ha señalado que las nociones comunales de propiedad de los pueblos indígenas, si bien "no necesariamente corresponde[n] a la concepción clásica de propiedad [...] merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana"5. El artículo 14 del Convenio 169 de la OIT igualmente exige que los Estados deben reconocer "a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan".

En la decisión de *Xucuru vs. Brasil*, presentada en febrero de 2018, la Corte Interamericana resume su jurisprudencia en relación con los derechos de propiedad de los pueblos indígenas de la siguiente manera:

"... el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica inter alia que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra"6.

⁴ Caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001, Corte IDH, Serie C, N.º 79 (2001) (en adelante Awas Tingni), párrafo 148.

⁵ Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, N.º 146 (en adelante Sawhoyamaxa), párrafo 120.

⁶ Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 febrero de 2018.

La Constitución Política de 1993 introdujo dos preceptos novedosos: uno referido al reconocimiento de la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art. 2, inc.19); y el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del territorio comunal. Por lo demás, las tierras comunales perdieron su carácter proteccionista cuando esta Constitución les retiró la calidad de inembargabilidad e inajenabilidad.

El derecho a la autonomía o autogobierno está expresado en el artículo 89 de la Constitución, donde se reconoce que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas; son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras. Así como en lo económico y administrativo, pero todo ello dentro del marco que la ley del Estado establece. La autonomía está limitada por la ley del Estado.

Posteriormente se han promulgado leyes, como la cuestionada Ley de Tierras 26505, aprobada en julio de 1995, que han afectado la integridad y la protección especial de los territorios. En este periodo marcado por la Constitución de 1993 es necesario resaltar la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, ratificado mediante Resolución Legislativa 26253 el 2 de febrero de 1994, como el más importante instrumento internacional de reconocimiento y vigencia de derechos como individuos y como colectivos culturalmente diferenciadas de sus respectivas sociedades nacionales. Al haber sido ratificado por el Estado, tiene carácter vinculante y, por consecuencia, la obligatoriedad de adecuar las normas internas al convenio en concordancia con la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Estado. El Convenio tiene siete artículos dedicados a la tierra/territorios y recursos naturales. De su texto es claro que no se obliga a los Estados a reconocer "territorios" con la significación que tiene este término en el derecho internacional y tampoco obliga al Estado a reconocer a los pueblos indígenas derechos de propiedad sobre los recursos minerales y del subsuelo que estén en su territorio. Establece que los derechos sobre la tierra son fundamentales para garantizar la continuidad y existencia perdurable de los pueblos indígenas y que la tierra y sus recursos naturales son la fuente principal del sustentamiento económico, cohesión social y cultural de estos pueblos.

OBLIGACIÓN DE DELIMITAR, DEMARCAR Y TITULAR LAS TIERRAS Y TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Una de las obligaciones que impone el derecho de propiedad sobre los Estados Parte en la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT es la obligación de delimitar, demarcar y titular de manera oficial las tierras y los territorios consuetudinarios de los pueblos indígenas dentro de su jurisdicción. La razón para esa obligación es clara y evidente en el caso ante la Corte: sin una delimitación, demarcación o titulación tal, las tierras y el territorio de la comunidad de Nuevo Lamas son vulnerables a la invasión, y los miembros de esta comunidad permanecen en estado de inseguridad permanente en relación con sus tierras. Hay que anotar que la obligación del Estado del Perú de reconocer y proteger los derechos de propiedad de sus pueblos indígenas es una obligación de todo el Estado, y recae igualmente tanto sobre el Goresam como sobre las autoridades nacionales.

La obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras consuetudinarias ha sido explicada por la Corte Interamericana en un número de ocasiones⁷. En su sentencia histórica en Awas Tingni, la Corte observó que:

"[...] los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte estima que los miembros de la comunidad Awas Tingni tienen derecho a que el Estado:

- 1. Delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y
- Se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la

⁷ Además de los casos a los que se hace referencia en este texto, véase también: Sawhoyamaxa, párrafo 143.

zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad"⁸.

En el caso del pueblo Saramaka, la Corte Interamericana brindó una mayor orientación sobre la base de la delimitación, demarcación y titulación, y la forma en que debe llevarse a cabo:

"La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Este título debe ser reconocido y respetado, no solo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos. Sobre este particular, la Corte ha declarado previamente que 'el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad'"9.

En el caso de los pueblos Kaliña y Lokono, la Corte consideró que un mecanismo para la delimitación, demarcación y titulación de los territorios de los pueblos indígenas y tribales debe crearse "con la participación efectiva de dichos pueblos, [y] de acuerdo con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres" 10. Los requerimientos específicos de la obligación legal de "participación efectiva".

La obligación de delimitar, demarcar y titular la tierra y los territorios de los pueblos indígenas es una obligación de delimitar, demarcar y titular *todas* sus tierras y *todos* sus territorios. El derecho internacional no hace

distinción alguna, como sí lo hace la ley nacional del Perú, entre las tierras que se utilizan para la agricultura o la ganadería y aquellas áreas que están cubiertas de bosques. *Prima facie*, el hecho de no otorgar a la comunidad de Nuevo Lamas un título de propiedad sobre la totalidad de su territorio –incluyendo aquellas partes de su territorio cubiertas de bosques— es una vulneración de las obligaciones del Perú en virtud de la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT de reconocer y titular tierras y territorios de sus pueblos indígenas.

El Comité CERD señaló en sus observaciones finales sobre el Perú en mayo de 2018 que el sistema de titulación de los pueblos indígenas, tanto en términos de territorios como de recursos naturales, era inadecuado. El Comité observó con preocupación:

"[...] la falta de mecanismos efectivos de protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos, en parte, debido a la falta de un procedimiento adecuado de reconocimiento y titulación de tierras, así como a la concentración generalizada de la tierra y la explotación de recursos naturales por entes privados, empresas o individuos, lo cual continúa generando graves conflictos sociales"¹¹.

Como se discutirá más adelante en este informe, es posible que a veces se presenten circunstancias en las cuales, por una razón legítima, sea tanto proporcional como necesario para el Estado *no* titular en su totalidad las tierras y territorios de un pueblo indígena. Sin embargo, tales casos deben ser considerados caso por caso y, en relación con los territorios indígenas, surgirán únicamente en circunstancias excepcionales. La prohibición *sistemática* de la titulación de cualquier territorio indígena forestal es incongruente con los requerimientos del derecho internacional en materia de derechos humanos, que exigen como regla general que los territorios indígenas sean delimitados, demarcados y titulados en su totalidad.

Además, el hecho de que los territorios indígenas sin titular sean definidos como "dominio del Estado" en virtud del artículo 32 del Decreto Ley N.º 22175, de Comunidades Nativas, es claramente un tratamiento desigual de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas en el Perú, en violación de los artículos 1 y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Recordando que los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad surgen en virtud de su propiedad consuetudinaria,

⁸ Awas Tingni, párrafo 153.

⁹ Saramaka, párrafo 115 (énfasis añadido). En el caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam, Corte IDH, sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C N.º 124 (en adelante Moiwana), la Corte consideró además que el Estado debe adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar los derechos de propiedad de la comunidad, incluyendo un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y otorgar el título a la comunidad. La Corte declaró que "deberá tomar estas medidas con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes, y de los miembros de las demás aldeas Cottica N'djuka y las comunidades indígenas vecinas..." (Moiwana, párrafos 209-210).

¹⁰ Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Corte IDH, sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 305 (h)

¹¹ Perú: CERD/C/PER/CO/22-23, 23 de mayo de 2018, párrafo 16.

como lo demuestra su uso y posesión de las tierras en cuestión, y no en virtud de un título de propiedad otorgado por el Estado, es evidente que las comunidades nativas en San Martín tienen derechos de propiedad dentro de esta región, que son considerablemente anteriores a la promulgación del Decreto Ley N.º 22175 de Comunidades Nativas, promulgada en 1978. Sin embargo, en virtud del artículo 32 de ese decreto, las tierras que (antes de esa promulgación) han sido "legítimamente otorgadas a particulares" no caen dentro del "dominio del Estado", mientras que las tierras indígenas preexistentes sin título sí lo hacen. Como tal, los derechos de propiedad preexistentes de los individuos y los derechos de propiedad preexistentes de las comunidades indígenas no se tratan de manera equitativa. En efecto, las tierras de estos últimos se consideran como "tierras del domino estatal", mientras que las tierras de los primeros son consideradas como privadas. Existen efectos discriminatorios importantes en una clasificación tal, incluyendo la prohibición del otorgamiento de títulos en áreas forestales en virtud de la ley forestal, así como el hecho de que las tierras indígenas, hasta que sean tituladas, son vulnerables a la asignación por parte del Estado para otros fines y, por lo tanto, no reciben igual protección.

La falta de protección de las tierras indígenas sin titular es incoherente con los requisitos de la Convención Americana en relación con el derecho de propiedad. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha puesto en claro que hasta que tenga lugar la delimitación, demarcación y titulación, el Estado peruano está obligado a abstenerse de emprender cualquier actividad, o de permitir o aceptar la realización de actividades por terceros, excepto con el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades que ocupan dicho territorio. Este principio se establece en el extracto del caso Awas Tingni mencionado anteriormente; además, ha sido reiterado por la Corte Interamericana en, inter *alia*, el caso Moiwana¹² y en el caso Saramaka.¹³. En su reciente decisión en el caso de los pueblos Kaliña y Lokono, la Corte Interamericana sostuvo que la emisión por parte del Estado de títulos de propiedad de las tierras sin delimitar, demarcar ni otorgar títulos a los pueblos Kaliña y Lokono (y, por lo tanto, negándoles un recurso interno para proteger sus derechos) constituía una violación del artículo 2114.

Hasta mediados del siglo pasado, las políticas públicas en América Latina buscaron la asimilación de las poblaciones indígenas a sus respectivas sociedades. Los procesos de "desindianización", exclusión y asimilación de las comunidades fueron justificados en nombre de la unidad nacional. En estas políticas también estuvieron presentes aquellas naciones que percibían a los indígenas como un obstáculo para el desarrollo. Las prácticas de homogenización permearon buena parte de la vida de los pueblos indígenas y derivaron en las bien conocidas situaciones de pobreza, pérdida del patrimonio cultural y de las bases materiales de subsistencia; erosión de los conocimientos ancestrales y baja autoestima. Pese al gran impacto que tuvo este proceso, desde fines de la década del 60, los indígenas lograron conformar organizaciones de nuevo tipo y levantaron sus demandas ante el Estado y la sociedad en su conjunto. Sus luchas y plataformas reivindicativas han sido determinantes en el establecimiento del nuevo modelo de relación que ahora predomina en América Latina y que se basa principalmente en el reconocimiento de sus derechos como pueblos y comunidades para mantener y reproducir sus propias formas de existencia social; para acceder legalmente a la base material sobre la cual se levantan sus culturas, así como para participar activamente en el quehacer político de las naciones en las que habitan. En este nuevo modelo (inacabado aún) el fundamento de la unidad nacional se basa en la diversidad y pluralismo cultural.

Han sido varios los factores identificados como favorables en este proceso; sin embargo, bien puede señalarse que el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) constituye un hito, pues sus planteamientos posibilitaron dar un giro al viejo modelo de relación, convirtiéndose en el soporte legal fundamental respecto a la definición de principios, argumentos y conceptos como el de consulta y territorio, que ha sido la principal bandera política de las luchas indígenas en el continente.

La tendencia general en América Latina es el avance sustantivo en materia de reconocimiento legal de los derechos indígenas. Son doce los países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT y trece las constituciones en las que se consagran, de manera específica, los derechos de los pueblos indígenas.

Los contenidos del Convenio 169, así como los planteamientos formulados en los largos procesos de elaboración y aprobación del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA y del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, han influido enormemente en las reformas constitucionales en la región. El reconocimiento de la naturaleza pluriétnica y multicultural de los Estados y de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos

¹² Moiwana, párrafo 211.

¹³ Saramaka, párrafo 194.

¹⁴ Pueblos Kaliña y Lokono, párrafo 160.

naturales, a sus lenguas y expresiones culturales, a sus sistemas de justicia y también, en algunos casos, a la autonomía y formas de gobierno propias, se deben en gran parte a las reflexiones y debates que giraron en torno a los instrumentos señalados que surgieron a partir de las movilizaciones indígenas que presionaban por el reconocimiento de sus derechos fundamentales.

Como se señaló, la Asamblea General de la ONU aprobó recientemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que abre las puertas para una nueva etapa de negociaciones políticas de los derechos de estos pueblos en la legislación internacional y nacional; independientemente de su estado de ratificación por parte de los Estados. El grado de reconocimiento y compromiso adquirido por los Estados respecto a los derechos indígenas es variable en la región. En varios países los pueblos afroamericanos han obtenido el mismo reconocimiento sobre sus derechos colectivos en los mismos términos que la población indígena. Así, países como Brasil, Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela reconocen los derechos indígenas tanto en sus cartas constitucionales como a través de la ratificación del Convenio 169; otros, como Honduras y Costa Rica, han ratificado este instrumento internacional, pero no han introducido reformas en sus constituciones. Por otra parte, Panamá, pese a las demandas indígenas, no ha ratificado este convenio, pero cuenta con regulaciones para garantizar los derechos colectivos sobre las tierras y territorios indígenas con altos niveles de autonomía.

Son dos los ejes centrales sobre los cuales han girado las demandas de los pueblos indígenas: El reconocimiento legal de la propiedad de sus tierras y territorios con base en el respeto a las formas de tenencia y posesión ancestrales, acceso, control y manejo de sus tierras y territorios, así como a recursos hídricos, flora y fauna; y la autonomía-autodeterminación en el ejercicio de sus propias formas de gobierno; y el derecho a decidir su destino como pueblos, lo cual se encuentra asociado a otros derechos, tales como la plena participación, la consulta y el consentimiento informado previos, tanto en las actividades que se realice en sus tierras y territorios, como en relación con sus conocimientos tradicionales y a una distribución equitativa de beneficios.

De esta manera y como consecuencia, las luchas indígenas y avances en la legislación, el reconocimiento de derechos sobre las tierras y territorios ancestrales de los indígenas ha sido uno de los avances más importantes en Latinoamérica, principalmente en América del Sur, ya que en la mayoría de los países amazónicos se han otorgado títulos de propiedad sobre amplias extensiones territoriales. Estos títulos han

sido entregados en reconocimiento de los derechos preexistentes que tienen los indígenas sobre las tierras y territorios tradicionalmente poseídas por ellos.

Las modalidades de reconocimiento de los derechos a la tierra en América Latina son diversas; sin embargo, en términos muy amplios han sido identificadas las siguientes: titulaciones que reconocen a perpetuidad el dominio colectivo de las tierras con capacidad de aplicar formas propias de gobierno; titulaciones que reconocen a término indefinido el derecho de usufructo sobre las tierras y recursos naturales renovables y a mantener sus propios sistemas de gobierno interno; y titulaciones comunitarias en el marco de legislaciones agrarias o en otras del Código Civil en las que no se otorgan opciones de administración propias a los indígenas, sino que se les da el mismo tratamiento que a los propietarios individuales o que a los campesinos.

En primer lugar, un aspecto central de divergencia se origina en la diferente concepción y valoración que sobre el territorio y los recursos naturales tienen los pueblos indígenas y el Estado. Mientras para los indígenas el territorio es un todo integrado en el cual existe una relación integrada entre el ser humano y la naturaleza, y es la base que asegura su reproducción material y espiritual como pueblos diferenciados, para el Estado constituye un bien que debe ser conservado por los beneficios que otorga y los seres humanos no necesariamente forman parte de él.

La diferencia entre estas dos visiones es fundamental porque es a partir de ella que se ha configurado en la práctica, la relación entre las áreas protegidas y los territorios indígenas, expresada en puntos de divergencia a distintos niveles, pero, sobre todo, a nivel jurídico; de uso y aprovechamiento de la tierra y demás recursos naturales; y a nivel de la administración de estos recursos como se argumenta a continuación:

A nivel jurídico, por la ambigüedad que supone la dualidad de figuras jurídicas sobre un mismo espacio. Los pueblos indígenas plantean el derecho al dominio pleno de sus territorios sobre la base de que su ocupación fue anterior a cualquier otra, y respaldados en los compromisos legales de carácter histórico y de orden internacional que han contraído los Estados. El Estado, al conferir en los ordenamientos legales una asignación de interés general a las áreas de manejo especial, reclama el dominio pleno sobre los mismos o, por lo menos, la capacidad discrecional de asumir este dominio cuando lo considere necesario.

A nivel del uso y aprovechamiento de la tierra y de los recursos naturales, con títulos de dominio o sin ellos, los

indígenas reclaman este derecho fundados en razones de carácter histórico y cultural. Las de orden histórico y cultural se relacionan con la ocupación ancestral que han hecho de tales espacios y el uso de los recursos, medios que les han permitido sobrevivir y desarrollarse a través del tiempo como sociedades culturalmente diferenciadas. Pero también hay razones de "necesidad fundamental", relacionadas con la falta e incluso inexistencia de otras alternativas viables, fuera de los recursos de sus territorios tradicionales, para asegurar la supervivencia y el derecho a mejorar sus condiciones de vida. El modelo definido en las leyes, respecto al uso y aprovechamiento de tales recursos en las áreas protegidas restringen hacer uso y aprovechamiento de tales recursos.

En relación con la administración y manejo de recursos naturales renovables de sus territorios, los indígenas demandan el derecho a gobernar sus territorios; a administrar y controlar estos espacios de acuerdo con sus propias prácticas culturales. Por su parte, los Estados, sin descartar la posibilidad de acuerdos con personas naturales o jurídicas, reclaman un poder en la toma de decisiones sobre la administración de los recursos naturales de las áreas protegidas.

La intervención ambiental en territorios indígenas parte del reconocimiento de los derechos indígenas sobre sus territorios y su autonomía para gestionar sus recursos naturales, lo que implica el respeto de su organización social y la participación protagónica en la toma de decisiones sobre procesos propios.

Las políticas públicas deben estar sostenidas en el reconocimiento de las jurisdicciones ambientales y políticas de gestión indígenas, articuladas con la jurisdicción general de los sistemas de áreas protegidas del Estado. En cada área protegida donde habitan pueblos indígenas, se propone que la gestión sea implementada de manera conjunta, basada en una jurisdicción articulada.

El modelo de gestión compartida implica corresponsabilidad entre dos actores, por lo que se necesita el fortalecimiento de sus capacidades. Los pueblos indígenas deben tener instituciones sólidas que organicen el uso de los recursos, la conservación y la distribución equitativa de los beneficios.

Los Estados deben considerar la necesidad de asignar recursos presupuestarios para que los pueblos indígenas en áreas protegidas cumplan con sus responsabilidades. Los esfuerzos que los Sistemas Nacionales de Áreas Protegidas se encuentran realizando para contar con mecanismos independientes de financiamiento deben incorporar esta consideración.

Analizar el desarrollo jurídico y normativo de los países para poder implementar procesos adecuados de ordenamiento del territorio y elaboración de planes de manejo que incluyan una adecuada participación de los pueblos indígenas en las áreas protegidas. Realizar actividades de capacitación en ordenamiento del territorio, entendido este como el encuentro entre dos visiones del uso del espacio y de los recursos. Documentar e implementar las experiencias y los procedimientos acordados entre las partes. Promover el saneamiento de las tierras y su titulación, y garantizar la seguridad jurídica a los pueblos indígenas en sus territorios.

El territorio que le pertenece a un pueblo indígena es el espacio donde su cultura se reproduce y se ejerce su autonomía interna dentro de las fronteras del Estado peruano y los derechos humanos. El territorio indígena no es similar al territorio estatal. Corresponden a ideas totalmente distintas. El territorio indígena no supone soberanía en el sentido que lo considera el Estado, pues los pueblos indígenas no son Estados sino sociedades históricamente definidas. Se trata de un espacio de autogobierno, o manejo directo de sus asuntos internos. Consecuentemente, no se refiere a ceder soberanía territorial o de crear microestados, sino reconocer un derecho preexistente y cualitativamente distinto al derecho estatal.

Los principios que regulan las actividades que afecten a los pueblos indígenas tendrán como eje principal el derecho a la consulta, a la buena fe y al respeto a la integridad de los pueblos indígenas. Asimismo, la Constitución debe consagrar los derechos de los pueblos indígenas a la indemnización, la compensación y los beneficios por las actividades que se realicen en sus territorios.

A partir de dicho estándar, la Corte IDH ha señalado que el derecho de propiedad comunal o colectiva de los pueblos indígenas tiene una serie de características que la alejan de su comprensión civil clásica, circunscrita a bienes tangibles o físicos susceptibles de valoración económica. Debe pues tenerse una comprensión amplia del derecho de propiedad, de modo tal que su ámbito de protección trascienda el simple derecho real sobre bienes muebles o inmuebles, como en el derecho civil, y vaya hacia un ámbito propio del derecho constitucional de la propiedad más amplio, que comprenda el patrimonio, entendido este último de modo que integre bienes tangibles e intangibles, materiales y espirituales¹⁵.

¹⁵ OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador.

En este sentido, la Corte IDH ha indicado que el concepto de "bienes" utilizado en el artículo 21 de la CADH incorpora "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor" 16. Pero se ha reconocido asimismo que la estrecha vinculación que tienen los pueblos y comunidades con el territorio excede lo puramente económico, en virtud de que involucra tradiciones y costumbres ancestrales que se ejercen en dichos territorios y reflejan un nexo de identidad entre una comunidad y su tierra.

Por otra parte, resulta pertinente señalar que el derecho de propiedad colectiva recae sobre las tierras que los pueblos indígenas ocupan de manera ancestral, por lo que frente a ello se instauran las obligaciones del Estado de reconocerlos, delimitarlos y titularlos, estableciendo para ello normas y procedimientos adecuados que deberán respetar el derecho al plazo razonable¹⁷. Ello en el marco de la obligación de adoptar medidas para lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la CADH en su artículo 2.

En buena cuenta, es importante resaltar que el derecho que los pueblos indígenas tienen sobre sus territorios es a título de propiedad colectiva. La conexión de los pueblos con sus tierras y el hecho de que ello determina su propia identidad conllevan a considerar al derecho de propiedad colectiva como un derecho complejo, cuya titularidad se ejerce colectivamente¹⁸.

El detalle de las opiniones técnicas consultivas puede encontrarse en los siguientes cuerpos normativos: Sernanp, texto para el interior del Área Natural Protegida (Decretos Supremos N.º 004-2010-MINAM, N.º 038-2001-MINAG, y N.º 003-2011-MINAM); ANA, artículo 81 de la Ley de Recursos Hídricos y la Resolución Jefatural N.º 106-2011-ANA; Serfor, artículo 62 de la Ley N.º 29763; Mincul, artículo 53 del Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM; y Mincetur, artículo 5.8 de la Ley General del Turismo. El reconocimiento de los territorios indígenas como tales está suscrito por el Estado peruano en la legislación y en tratados internacionales adoptados.

a. Base legal desde el derecho peruano, respecto de la defensa jurídica de la propiedad indígena por el Estado

La actual Constitución sigue esta misma línea y dispone en el artículo 66 que "los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento" y que "por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares".

Por su parte, y en esta misma línea, el Código Civil peruano establece que "la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales" (art. 954).

b. La propiedad de las tierras y territorios de pueblos indígenas

La propiedad de las tierras de los pueblos indígenas en el Perú, a través de las comunidades nativas como forma de su organización jurídica, tiene como fundamento legal el artículo 10 de la Ley N.º 22175, Ley General de Comunidades Nativas, que señala que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas, levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad, pero con la salvedad del artículo 11, que establece que la parte del territorio de las comunidades nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia. Es decir, que esta parte del territorio no constituye propiedad de las comunidades.

El tratamiento de los derechos de pueblos indígenas a sus tierras ha tenido un amplio desarrollo. Al respecto, es importante tomar en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, ha señalado que el ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, y la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto significa que, independientemente de cualquier declaración formal de propiedad, los territorios indígenas pertenecen a los pueblos que en ellos habitan. Por esa razón, es necesario que se tomen las medidas necesarias para evitar que se afecten los territorios en posesión de pueblos indígenas.

¹⁶ OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 137. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay, sentencia del 29 de marzo del 2006, párrafo 121.

¹⁷ OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005. Caso Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007.

¹⁸ OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil, sentencia del 5 de febrero del 2018, párrafo 138.

Respecto del marco de protección legal de los territorios, el TC encuentra que aún hay un elemento por definir y es que la Constitución no habla de territorios indígenas, sino de la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas sin recoger el término "territorios" de forma expresa (artículos 88 y 89). El TC resuelve esto interpretando la Constitución a la luz del artículo 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Convenio 169), que prescribe que el término "tierras" que utiliza deberá incluir el concepto de "territorios" que, además, tiene una vocación política de autogobierno y autonomía.

c. Propuesta de estructura administrativa y coordinación con el catastro

Mediante RM N.° 0362-2018-MINAGRI del 6 de setiembre de 2018, se autorizó el funcionamiento del nuevo Sistema Catastral para Predios Rurales (Sicar) y la Creación del Sistema Catastral para Comunidades Campesinas y Nativas (SIC Comunidades). El objetivo del sistema, conforme a lo señalado en el manual de uso, es dotar a la Digespacr de una herramienta que le permita la gestión y mantenimiento de la información de comunidades campesinas y nativas, que permita a las Gores actualizar directamente los datos, además de generar múltiples reportes.

Busca también cumplir con lo siguiente:

- Contar con información actualizada de comunidades nativas y campesinas de forma oportuna.
- Permitir a los usuarios contar con una herramienta integrada al Sistema de Información Geográfica que facilite el análisis de los datos a nivel territorial.
- Facilitar el seguimiento y gestión mediante la emisión de reportes.

Lo interesante de este catastro es que el Minagri, en su calidad de ente rector en materia de titulación, dispone la obligatoriedad del uso de los sistemas y una migración de la base de datos del catastro rural. Por primera vez, contamos con una herramienta que nos permite tener toda la información en una sola base de datos, pero accesible, gracias a la tecnología, a nivel nacional.

La crítica a este sistema es que desaprovecha la oportunidad de generar un diálogo con otros sectores como el de Vivienda, Ambiente o Energía y Minas e incluso para la gestión de conflictos. Sin embargo, en nuestra opinión, tiene un gran potencial para convertirse en el referente para evitar superposiciones.

Este sistema tiene trece módulos, de los cuales cinco están referidos a las comunidades nativas y son de interés para este estudio (Módulo de Mapas, Módulo de Seguimiento del procedimiento de Reconocimiento de Comunidades Nativas, Módulo de Seguimiento del Procedimiento de Demarcación y Titulación de Comunidades Nativas, Módulo Padrón de Comunidades Nativas Reconocidas, Módulo Padrón de Comunidades Nativas con Demarcación y Titulación).

d. Deficiencia de la información catastral

No existe un catastro único actualizado y las instituciones que usan información catastral elaboran su cartografía por diferentes métodos cartográficos, así como incorporaron en sus bases de datos información de los diferentes sectores (gobiernos regionales, Sunarp, Cofopri, municipalidades), los cuales han sido elaborados con diversos métodos y en muchos casos han recogido la información en forma deficiente, ha habido error al ingresarla a sus sistemas o simplemente no se ha hecho trabajo de campo, con lo que los datos ingresados pueden ser falsos o erróneos.

La Ley N.º 26834 y su Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas señala en el artículo 31 que la administración del área protegida dará una atención prioritaria a asegurar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales que habitan las Áreas Naturales Protegidas y su entorno, respetando su libre determinación, en la medida que dichos usos resulten compatibles con los fines de las mismas. El Estado promueve la participación de dichas comunidades en el establecimiento y la consecución de los fines y objetivos de las Áreas Naturales Protegidas.

El Decreto Ley N.º 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, prescribe en su artículo 10 que el Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades nativas y que les otorgará títulos de propiedad. Asimismo, señala que cuando hayan adquirido el carácter sedentario, la demarcación tendrá en cuenta la superficie que ocupan para desarrollar sus actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca; y en el caso de que sean comunidades que realicen migraciones estacionales, se les demarcará la totalidad de la superficie donde se establecen para efectuarlas.

e. Ley N.° 28611, Ley General del Ambiente

Esta ley en el Título I, Política Nacional del Ambiente y Gestión Ambiental; Capítulo II, Política Nacional

del Ambiente y art. 9, establece como objetivo de la política nacional del ambiente "mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona".

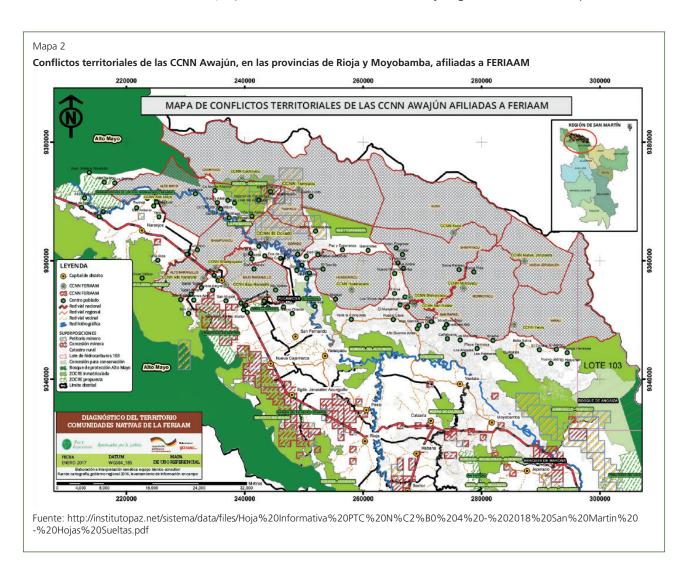
Así mismo, esta ley establece en el artículo 93 el enfoque ecosistémico para la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, evaluando científicamente el uso y protección de los recursos naturales e identificando cómo afecta la capacidad de los ecosistemas para mantenerse y sostenerse en el tiempo, tanto en lo que respecta a los seres humanos y organismos vivos como a los sistemas naturales existentes; en este entender, el proyecto enfoca sus

actividades en el aprovechamiento de áreas para la forestación y reforestación.

f. Principales iniciativas en el Perú

Nuestro país posee gran cantidad de pueblos indígenas, 55 para ser exactos, por ello es primordial tener claro el objetivo que es la Conservación de la Biodiversidad por parte del Estado con la elaboración de proyectos, donde se da a notar el apoyo en la ejecución de estos por parte de entidades nacionales como internacionales, sin dejar de lado a la parte principal que son las comunidades nativas o pueblos indígenas.

REDD y REDD+ ("Reducción de Emisiones derivadas de la Deforestación y la Degradación de los bosques" y + componentes) están desarrollando distintas iniciativas para reducir las emisiones de carbono derivadas de la deforestación y degradación de los bosques.



- Conservación del Bosque de Protección Alto Mayo: La Iniciativa de Conservación del Bosque de Protección Alto Mayo (ICAM), ubicado en San Martín, congrega los esfuerzos de cuatro ONG lideradas por la institución Conservación Internacional, encargadas de cogestionar el proyecto. La coordinación se realiza con la jefatura del Alto Mayo, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp) y el Ministerio del Ambiente. El proyecto, que tiene un ámbito de acción de 340 000 hectáreas, se inició con un estudio piloto de viabilidad en el 2007, y en el 2009 comenzaron las actividades para mitigar la deforestación dentro del Alto Mayo. El objetivo es reducir la tasa de deforestación en un 30 %. Hasta el momento, en el año 2012 se ha verificado la reducción de 2.8 millones de toneladas de CO2 en el área del proyecto.
- Intervención en el Parque Nacional Cordillera Azul: El proyecto Parque Nacional Cordillera Azul es una alianza público-privada entre el Centro de Conservación, Investigación y Manejo de Áreas Naturales Cordillera Azul (CIMA) y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Sernanp). Está ubicado en San Martín, Loreto, Ucayali y Huánuco. CIMA ha diseñado un modelo de intervención que incorpora el enfoque ecosistémico o de paisaje, el manejo adaptativo y el desarrollo sostenible, integrando los principios de ordenamiento territorial y la estabilización del uso de la tierra, la planificación estratégica y la articulación con sistemas de cadenas de valor.
- Conservación de áreas de alto valor en el Biocorredor Martín Sagrado: Esta iniciativa se viene llevando a cabo en la región San Martín. Es impulsada y coadministrada por Pur Projet, una plataforma de empresas con un concepto de proyectos puros o integrales que buscan la sostenibilidad social ambiental y económica. Las tierras están constituidas por tres concesiones para conservación, por lo que Pur Project trabaja asociadamente con los tres concesionarios, que a su vez lo viene ejecutando la Fundación Amazonía Viva (Fundavi) en la Provincia de Mariscal Cáceres, región San Martín.
- Proyecto Tambopata-Bahuaja: El proyecto REDD+ Tambopata-Bahuaja fue validado en junio del 2012 por Rainforest Alliance de acuerdo a los estándares VCS y CCB Gold. Lo coadministra la Asociación para la Investigación y el Desarrollo Integral (Aider) con el apoyo del Sernanp. La Reserva Nacional Tambopata y el Parque Nacional Bahuaja-Sonene

- se ubican en Madre de Dios, región con los índices más altos de biodiversidad del país y que forma parte del *hotspot* de los Andes Tropicales. Se encuentran amenazadas por la deforestación, el cambio de uso del suelo, la minería ilegal y el incremento de la migración que ella genera. La población asentada en la zona de amortiguamiento ha manifestado su compromiso por involucrarse en la estrategia REDD+. Por ello, el proyecto plantea un trabajo coordinado con las comunidades locales, organizaciones de base e instituciones públicas y privadas de Madre de Dios, para articular iniciativas que contribuirán a incrementar los ingresos y disminuir la presión hacia las áreas protegidas.
- Proyecto Conservación de Bosques Indígenas, promoviendo el manejo forestal comunitario a través de unidades técnicas: Durante el lanzamiento descentralizado del proyecto "Promoviendo la conservación de bosques indígenas y el desarrollo sostenible mediante la creación de Unidades Técnicas de Manejo Forestal Comunitario en la región Ucayali", que se llevó a cabo en la provincia de Atalaya, diversos actores relacionados con la actividad forestal a nivel nacional, regional y local se articularon para impulsar el Manejo Forestal Comunitario (MFC).

Dado que el 70 % del territorio de Atalaya está conformado por comunidades nativas, es por ello que el Proyecto Conservación de bosques indígenas en Ucayali considera esta zona como uno de sus campos más importantes de acción. Este proyecto busca fortalecer el Manejo Forestal Comunitario a través de la creación de dos Unidades Técnicas de Manejo Forestal Comunitario (UTMFC) en Atalaya y Coronel Portillo, para prestar servicios a las comunidades nativas bajo la responsabilidad de la Sede Operativa Forestal y Fauna Silvestre Atalaya (SOFFSA) de la Gerencia Regional Forestal y de Fauna Silvestre (GERFFS) del Gobierno Regional de Ucayali.

Al respecto, el antropólogo y especialista de la Dirección de Fortalecimiento de Capacidades del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor), Modesto Gálvez, señaló que la participación de los pueblos indígenas es clave para el logro de los resultados de este proyecto: "la conservación de los bosques es importante, pero más importantes son los pueblos indígenas que los habitan, porque los bosques son parte importante de la cosmovisión de su vida integral". Por su parte, Cleofaz Quintori Soto, presidente de la Unión Regional de los Pueblos

Indígenas de la Amazonía de la Provincia de Atalaya (Urpia), señaló que "conservar nuestros bosques tiene grandes beneficios, nos va permitir que los bonos ingresen totalmente a nuestras comunidades nativas para implementar las cadenas alimenticias productivas, a través de nuestros representantes, por ello articularemos para que nuestras comunidades mismas propongan un modelo de desarrollo de país".

Asimismo, el proyecto contribuirá a la mitigación y adaptación al cambio climático reduciendo las posibilidades de deforestación en tierras de las comunidades nativas y contribuir al uso sostenible de la biodiversidad para mejorar el bienestar de la población, teniendo en cuenta sus conocimientos tradicionales.

Programa de Reducción de Emisiones del Perú (ERP-PD) FCPF, afectación de derechos indígenas y alternativas: Las estimaciones sobre la deforestación deben ser analizadas teniendo en cuenta las particularidades de cada región, y con cuidado en las visiones integradas de ambas. Se estima que la deforestación es "baja" en San Martín, pero hay que considerar que quedan pocos bosques en las cercanías, aunque están en mayor proporción en los territorios de las comunidades indígenas. Por ello, Aidesep, en su calidad de principal organización de pueblos indígenas del Perú, que articula a 50 pueblos amazónicos, organizados en 1800 comunidades y estas en 109 federaciones locales y 9 organizaciones regionales, tiene la obligación de analizar las políticas y programas que afecten los derechos de los pueblos indígenas en el marco amplio dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) en relación a condiciones de vida, equidad social, consulta y consentimiento y control y recursos para nuestras opciones del llamado "desarrollo" o de vida plena, según nuestras cosmovisiones. Así mismo, el "reconocer la necesidad sostenibilidad" y establecer "políticas", información estatal, "recursos" institucionales, y otras, con posibilidades de incrementar los conflictos, como por ejemplo, las que promoverían concesiones empresariales maderables estando varias de ella superpuestas a posesiones indígenas; y los "supuestos" "derechos" de "pequeños productores", que pueden ser utilizados para avalar el tráfico de tierras de colonos migrantes; y también el énfasis de expandir "áreas protegidas" en contradicción con la ocupación indígena y con mala fe en los procesos de consulta previa.

Proyecto MERESE-FIDA: El proyecto "Conservación y uso sostenible de los ecosistemas altoandinos del Perú a través del Pago por Servicios Ambientales para el alivio de la pobreza rural y la inclusión social" es un proyecto que se financia con una donación del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM), a través del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA). El proyecto tiene como objetivo principal conservar ecosistemas altoandinos (pajonal, bosques nativos y bofedales) de las cuencas altas de los ríos Cañete y Jequetepeque, a través de la implementación de esquemas de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos (Merese). Al finalizar la vida útil del proyecto, se espera haber iniciado acciones de conservación en al menos 23 866 hectáreas de estos ecosistemas en ambas cuencas, y haber beneficiado a 2164 familias rurales. El monto de la donación del FMAM para la ejecución de este proyecto es de \$ 5 345 545, con una contrapartida del Ministerio del Ambiente de \$ 553 318. El proyecto tiene una duración de 5 años, y culmina en el año 2020.

CONCLUSIÓN

TICCA titulados

- En mérito al derecho a la autodeterminación, seguir los modelos de gobernanza que se impongan, consolidando una política de participación social en la conservación (enfoque de conservación con respeto de derechos humanos), que incluya las prácticas ancestrales de los pueblos indígenas en la conservación, que debería ser la base de todos los proyectos de conservación como el FIT, el PRE.
- En caso de superposición con ANP, esta política debe incluir un modelo de cogestión que reconozca la compatibilidad entre el derecho a la propiedad comunal y la conservación de la naturaleza que incluya: a) participación efectiva, b) acceso y uso de sus territorios tradicionales y c) de recibir beneficios de la conservación.
- Recomendar uso de documentos de gestión ambiental adecuados a la cosmovisión de las comunidades, como los planes de vida, creación de reservas comunales, etc.

TICCA no titulados

- Establecer un mecanismo de salvaguarda que permita cautelar los TICCA que aún no están titulados, como el caso de Colombia, que les permita acceder a los financiamientos de la conservación para su desarrollo (proyectos PRE, REDD, REDD+, entre otros).
- Realizar incidencia a través del litigio estratégico para buscar la adecuación de la legislación interna a los compromisos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas.



ACERCA DE LA AUTORA

Cristina Gavancho es abogada y profesora universitaria. Ha desarrollado su labor profesional en defensa de los derechos indígenas. En los últimos años se ha especializado en las implicancias legales de la superposición de títulos comunitarios y mecanismos de conservación.

IMPRESIÓN

©SERVINDI

Servicios de comunicación intercultural Sitio web: http://www.servindi.org/ Correo: servindi@servindi.org

©Fundación Friedrich Ebert Sitio web: https://www.fes-peru.org/ Correo: postmast@fes.org.pe

Sara-Nathalie Brombart Representante en Perú

Coordinación FES: María del Pilar Sáenz C. Directora de Proyectos

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de FES.

HACIA EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL APORTE DE LOS TICCA AMAZÓNICOS A LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

 \rightarrow

Sobre los TICCA titulados, en mérito al derecho a la autodeterminación, se debe seguir modelos de gobernanza que permitan una política de participación social en la conservación, que incluya las prácticas ancestrales de los pueblos indígenas, como base de todos los proyectos de conservación.



En caso de superposición de los TICCA a áreas naturales protegidas, se debe incluir un modelo de cogestión que reconozca la compatibilidad entre el derecho a la propiedad comunal y la conservación de la naturaleza, que incluya que los indígenas reciban beneficios por la conservación.



Respecto de los TICCA no titulados, se propone realizar incidencia a través del litigio estratégico para buscar la adecuación de la legislación interna a los compromisos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, así como establecer un mecanismo de salvaguarda que permita cautelar a estos TICCA.





