

12 de diciembre de 2018

Excelentísimo
Señor Presidente
José Antonio Vargas Martínez
Sala Civil de la Provincia de San Martín
Tarapoto, Perú

RE: *Amicus Curiae* - Expediente No. 0649-2017-0-2208-JR-CI-01

Estimado Sr. Presidente:

Respetuosamente, presentamos este *Amicus Curiae* a favor de la Comunidad Nativa de Nuevo Lamas de Shapaja y el Consejo Étnico de los Pueblos Kichwa de la Amazonía (CEPKA) en su caso contra el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, el Gobierno Regional de San Martín, la Dirección Regional de Agricultura de San Martín, el Ministerio de Agricultura y Riego, la Jefatura del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera y el Ministerio del Ambiente (Caso N°: 0649-2017-0-2208-JR-CI-01).

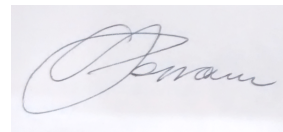
El texto original en inglés se adjunta a esta comunicación.

Le agradecemos enormemente por su consideración de nuestro *Amicus* en sus deliberaciones y por la atención especial que su muy respetada Corte brinda al tema de los derechos de los pueblos indígenas en Perú.

Atentamente,



Meg Satterthwaite
Director
Global Justice Clinic
NYU School of Law



Anouska Perram
Legal Counsel
Forest Peoples Programme

**LA SALA CIVIL
DE LA
CORTE SUPERIOR DE SAN MARTÍN
CON SEDE EN TARAPOTO**

Informe de *Amicus Curiae*

en la

Proceso constitucional de amparo interpuesto por la Comunidad Nativa de Nuevo Lamas de Shapaja y el Consejo Étnico de los Pueblos Kichwa de la Amazonía (CEPKA) contra el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, Gobierno Regional de San Martín, Dirección Regional de Agricultura de San Martín, Ministerio de Agricultura y Riego, Jefatura del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera y Ministerio del Ambiente

Expediente No. 0649-2017-O-2208-JR-CI-01

12 de diciembre de 2018

Moreton-in-Marsh

Amicus Curiae
Comunidad Nativa de Nuevo Lamas

I. Introducción

1. La Clínica de Justicia Global de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York (“**GJC**” por sus siglas en inglés), una clínica internacional de derecho en materia de derechos humanos con sede en los Estados Unidos, y el Forest Peoples Programme (“**FPP**”), una ONG con sede en el Reino Unido y los Países Bajos que apoya los derechos de los pueblos indígenas y tribales de todo mundo, tienen el honor de presentar este informe de *amicus curiae* ante la Sala Civil de la Corte Superior de San Martín con sede en Tarapoto (“la Corte”). El FPP ha anteriormente tenido el privilegio de actuar como representante de las víctimas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de, *inter alia*, la *Comunidad Moiwana* (2005), el *Pueblo Saramaka* (2007) y los *Pueblos Kaliña y Lokono* (2015).
2. El FPP ha prestado anteriormente a los recurrentes en la presente apelación un asesoramiento sobre la aplicación de las disposiciones del derecho internacional relativas a los pueblos indígenas, y la GJC se ha familiarizado recientemente con las cuestiones fácticas y legales claves. Este informe ha sido preparado con el fin de proporcionar a la Corte una explicación más detallada de la posición legal en virtud de los instrumentos internacionales, dentro del sistema interamericano y a nivel internacional.
3. Al preparar este informe de *amicus*, la GJC y el FPP han examinado los siguientes documentos concernientes al caso en cuestión:
 - El proceso constitucional de amparo original presentada el día 7 de agosto de 2017.
 - La respuesta a esta acción presentada por parte del *Ministerio de Agricultura* el día 10 de octubre de 2017 (sin incluir los medios probatorios).
 - La respuesta al proceso constitucional de amparo por parte de la *Jefatura del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera* a la apelación, presentada el día 22 de septiembre de 2017 (sin incluir los medios probatorios).
 - La respuesta a la acción de amparo por parte del *Servicio Nacional de Áreas Naturales protegidas por el Estado – SERNANP*, presentada el día 29 de septiembre de 2017 (sin incluir los medios probatorios).
 - La respuesta al proceso constitucional de amparo por parte del *Ministerio del Ambiente*, presentada el día 29 de septiembre de 2017 (sin incluir los medios probatorios).
 - Los documentos presentados por los recurrentes en la apelación.
 - El informe antropológico experto que acompaña el proceso constitucional de amparo.
 - El contrato de *cesión en uso* firmado entre la Comunidad de Nuevo Lamas de Shapaja y el Gobierno Regional de San Martín.
4. La GJC y el FPP presentan este informe de *amicus* para resaltar la jurisprudencia regional e internacional pertinente y su posible aplicación a los hechos que surgen de esta apelación. El informe se centra en particular en los principios del derecho internacional en materia de derechos humanos que surgen en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "**Convención Americana**") y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes ("**Convenio 169 de la OIT**"), pero además se basa de manera más amplia en otros instrumentos del derecho internacional de derechos humanos y la jurisprudencia internacional.
5. El Perú ha ratificado la Convención Americana¹ y el Convenio 169 de la OIT,² y está obligado por estos instrumentos. Algunas disposiciones de este último convenio (en

¹ El 28 de julio de 1978.

² El 2 de febrero de 1994.

particular aquellas relacionadas con la consulta previa de los pueblos indígenas) se han transformado en leyes nacionales en el Perú en virtud de Reglamento 29785 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo³ (al igual de ser mencionadas en otras leyes nacionales).⁴ Como tratados internacionales de derechos humanos, ambas convenciones (así como otros instrumentos de derechos humanos a los que nos referiremos más adelante) también tienen un rango constitucional.⁵ Por supuesto, además, la propia Constitución del Perú proporciona una gama de protecciones adicionales para los derechos humanos (incluso los derechos de propiedad),⁶ y desde luego el cuarto párrafo de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución también establece que: “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

6. 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 recogida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (“**DNUDPI**”).⁷ La lectura conjunta del Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana y la DNUDPI es consecuente con el artículo 35⁸ del Convenio 169 de la OIT, una disposición que es análoga al artículo 29(b) de la Convención Americana.⁹
7. El informe hará referencia además a la jurisprudencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“**Corte Africana**”) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Aunque no es vinculante para el Perú, esta jurisprudencia es ilustrativa ya que aborda muchos problemas comunes a aquellos que se encuentran ante la Corte en este caso. Además, el desarrollo de esta jurisprudencia ha contado de manera significativa con los fallos y decisiones del sistema interamericano (vinculante para el Estado del Perú). Sugerimos que la Corte, por lo tanto, considere esta jurisprudencia persuasiva, aunque no sea vinculante.
8. 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 del pueblo *Kichwa* (del cual forma parte la Comunidad de Nuevo Lamas). Esta presentación establece la base y el alcance de ese derecho, y se centra en los siguientes 5 puntos relacionados con él, que la GJC y el FPP consideran que son planteados por los hechos expuestos en el proceso constitucional de amparo ante el Tribunal:

³ Adoptadas por Decreto Supremo No 1 001-2012-MC.

⁴ Incluyendo, por ejemplo, la Ley No. 29763 (Ley Forestal y de Fauna Silvestre), artículo 2 que incluye el Convenio 169 de la OIT como un principio general. Otras referencias adicionales pueden encontrarse en los artículos 3, 12, 26, 141, y en las disposiciones complementarias finales. La Ley No. 30754 (Ley marco sobre el cambio climático) también se refiere al Convenio 169 de la OIT: ver artículo 22.

⁵ Ver por ejemplo la decisión del Tribunal Constitucional de Perú en N.º 03343-2007-PA/TC (f.j. 33).

⁶ Incluyendo los artículos 2, 44, 70 y 88.

⁷ El Gobierno peruano votó a favor de la adopción de la DNUDPI en 2007.

⁸ El artículo 35 del Convenio 169 de la OIT establece que: “[l]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 nacionales.”

⁹ 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 falta de delimitación, demarcación y titulación de los territorios consuetudinarios del pueblo *Kichwa* durante muchos años por parte del Gobierno del Perú, incluyendo en particular el territorio de la Comunidad de Nuevo Lamas (la “**Comunidad**”).
- La falta de prestación de un trato y una protección igualitarios para las tierras y territorios indígenas no titulados.
- El mantenimiento de un sistema legislativo para la titulación de los territorios de los pueblos indígenas que impide la titulación efectiva de cualquier territorio con cubierta forestal – permitiendo únicamente un “contrato de uso” que no otorga derechos de propiedad – privando así a la Comunidad de la posibilidad de recibir un título de propiedad auténtico para la gran mayoría de su territorio consuetudinario y haciendo discriminatorio el sistema legislativo y su aplicación sobre los hechos.
- La imposición de una nueva área de conservación regional, en particular el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera (“**ACR-CE**”), que se superpone al territorio de la Comunidad, dando lugar a restricciones importantes sobre el uso y acceso de los recursos naturales dentro de sus territorios consuetudinarios, sin la participación efectiva (incluidos la consulta y el consentimiento libre, previo e informado) de la Comunidad de Nuevo Lamas y otros pueblos indígenas afectados, como otras comunidades *Kichwa*, sin haber conducido una evaluación del impacto económico y social, sin proporcionar mecanismos de distribución de beneficios, y sin dar ninguna compensación a la Comunidad de Nuevo Lamas en relación con su pérdida de sus derechos de propiedad, uso y acceso.
- La falta de reconocimiento y respeto de los derechos de la Comunidad de Nuevo Lamas a la libre determinación por parte del Gobierno del Perú, incluida la determinación de las prioridades para su desarrollo social, económico y cultural, y el uso continuo pleno y efectivo de sus territorios consuetudinarios.

II. Antecedentes de hecho de este caso

9. Los siguientes párrafos exponen los hechos clave del presente caso, tal como lo entendió el autor de este informe.
10. La Comunidad de Nuevo Lamas es una comunidad indígena *Kichwa* cuyos territorios ancestrales, utilizados y ocupados por ellos desde tiempos inmemoriales, se encuentran localizados dentro de la región de San Martín. La Comunidad ha intentado obtener el reconocimiento oficial de su territorio por parte de las autoridades locales desde aproximadamente 1980. Uno de los cofundadores de la Comunidad actual, Miguel Ishuiza, fue entonces designado como “agente municipal”. Durante muchos años la Comunidad buscó el reconocimiento como “caserío” (sin éxito) desconociendo sus derechos al reconocimiento como una comunidad indígena. En el 2008, la Comunidad se enteró de la posibilidad de obtener el reconocimiento legal como “comunidad nativa”, de conformidad con las disposiciones del Decreto-Ley No. 22175 (*Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo de la Selva y la Ceja de Selva*) (en adelante, “**Ley de Comunidades Nativas**”). Luego de obtener este reconocimiento en ese mismo año, en 2009 la Comunidad presentó otra solicitud al Gobierno Regional de San Martín (“**GORESAM**”) para la titulación de su territorio. Posteriormente envió una carta solicitando de nuevo la titulación de sus tierras el 29 de agosto de 2013.¹⁰ Técnicos de la Dirección de Titulación del GORESAM y de la Autoridad Regional Ambiental visitaron la Comunidad entre el 20 y el 24 de mayo de 2014 para demarcar su territorio, según los límites establecidos por la misma Comunidad. Según los resultados georreferenciados de esta demarcación, el territorio comunal de la Comunidad cubre un área de 1,759.70 hectáreas de tierra, de las cuales 1,351.37 hectáreas (76%) se superponen con el ACR-CE.¹¹
11. En respuesta a la solicitud de titulación de 2013, el 12 de febrero de 2016, el GORESAM otorgó a la comunidad un título de propiedad legal, pero que únicamente cubría 31.3048

¹⁰ Registro de Expediente N° 544043

¹¹ Informe Técnico N° 013-2014-GRSM/DRASAM/DTRTyCR/ACN, Dirección de Titulación, Reversión de Tierras y Catastro Rural.

hectáreas de su territorio.¹² En relación con el resto del territorio reconocido – 1,620.0154 hectáreas, o sea el 98% del territorio total reconocido (que era menos de las 1,759.70 hectáreas reclamadas por la Comunidad) – GORESAM declaró que no podían formar parte del título de propiedad, pero podían ser entregadas únicamente a través de un contrato de *cesión en uso*. El motivo dado fue que estas 1,620 hectáreas fueron clasificadas por el Estado como *tierras de aptitud forestal*, y que según la legislación forestal no se les puede otorgar un título de propiedad.

12. Específicamente, la base de esta negación puede ser encontrada en el artículo 11 de la Ley de Comunidades Nativas, el cual dispone que “la parte del territorio de las Comunidades Nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedido en uso y su utilización se registrará por la legislación sobre la materia”. Esta posición se refleja también en otros instrumentos legislativos. Por ejemplo, en virtud del artículo 32 de la misma ley, los territorios indígenas no titulados caen dentro de la definición de *dominio del Estado* (en contraste, títulos de propiedad pre-existentes de los individuos son, por definición, excluidos de las tierras del dominio del Estado). De conformidad con el artículo 37 de la Ley No. 29673 (Ley Forestal y de Fauna Silvestre) (en adelante “**Ley forestal**”), se prohíbe otorgar los títulos de propiedad en tierras forestales del dominio del Estado. Esto significa que, en efecto, el artículo 37 prohíbe la titulación de los territorios indígenas forestales.
13. Según el artículo 11 de la Ley de Comunidades Nativas, las áreas forestales de los territorios indígenas sin título pueden ser otorgadas únicamente mediante un acuerdo de “cesión en uso” (algunos de los parámetros pertinentes se mencionan brevemente más adelante). En consecuencia, el 5 de julio de 2017, sin tener otra opción para mantener el acceso y el uso de las partes forestales de su territorio, la Comunidad de Nuevo Lamas celebró un contrato de cesión en uso con GORESAM en relación con las 1,620 hectáreas restantes de su tierra. Sin embargo, surgió una complicación adicional en relación con este acuerdo de cesión en uso porque, además de ser tierras forestales, 1,314.7914 de las 1,620 hectáreas pertenecientes a la Comunidad de Nuevo Lamas estaban también localizadas dentro del ACR-CE.
14. La existencia del ACR-CE genera además otra dificultad para la titulación del territorio de la Comunidad de Nuevo Lamas. Esto se debe a que, en virtud del artículo 4 de la Ley No. 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.
15. El ACR-CE fue creado por el GORESAM en 2005, de conformidad con sus poderes en virtud de los artículos 7 y 11 de la Ley ANP. Antes de su creación, el GORESAM, consciente de que el ACR-CE comprendía las tierras tradicionales utilizadas por las comunidades indígenas, organizó varias “reuniones de información” en donde algunas de las comunidades indígenas afectadas fueron informadas en términos muy amplios de las propuestas para el ACR-CE. Dichas reuniones estaban destinadas primordialmente a asesorar a las comunidades acerca de una decisión que ya había sido tomada por el GORESAM, y como tal, aunque en tales reuniones se pudo haber solicitado las opiniones de la comunidad en un grado mínimo (por ejemplo en relación con los detalles menores consecuentes de la implementación del ACR-CE), no hubo una consulta genuina ni una de adaptación de los puntos de vista de la comunidad en lo referente a la cuestión fundamental de su creación y sus efectos, ni se pidió su consentimiento para la creación del ACR-CE en las tierras de la comunidad.¹³ Además, las comunidades no recibieron una

¹² Resolución Directoral N° 017-2016-GRSM/DRASAM/DTRTyCR.

¹³ El hecho de que no se llevó a cabo un proceso de consulta como se entiende en la actualidad se reconoce efectivamente en la respuesta presentada por la Jefatura del ACR-CE, páginas 35 y 36 (párrafos 33 y 34), en donde

información completa acerca de la propuesta, y en particular sobre las implicaciones que podría tener para los derechos legales de esas comunidades de usar o acceder el área. Se pueden hacer críticas similares de los procesos de desarrollo del Plan Maestro (*Plan Maestro*) del ACR-CE, realizado entre 2005-2006¹⁴ y 2011-2012.¹⁵ Los objetivos y el plan de manejo detallado en el Plan Maestro – que tienen implicaciones para los usos que son legalmente usos permitidos por las comunidades indígenas en el ACR-CE – fueron desarrollados sin una contribución significativa de las comunidades afectadas. Además, el GORESAM y la administración del ACR-CE no han proporcionado a la Comunidad de Nuevo Lamas o al CEPKA evidencia alguna que demuestre o sugiera que las prácticas tradicionales de la Comunidad de Nuevo Lamas representan una amenaza significativa, o de hecho cualquier amenaza, para los objetivos de conservación del ACR-CE.

16. Las restricciones impuestas por el ACR-CE antes y a partir de la entrada en vigor del contrato de cesión en uso han tenido impactos negativos importantes sobre la Comunidad de Nuevo Lamas, ya que sus derechos de acceso y uso de su territorio tradicional se han visto restringidos de manera significativa. Como resultado, en el transcurso de la última década, el CEPKA, en representación de varias comunidades indígenas, incluyendo la Comunidad de Nuevo Lamas, ha intentado en múltiples ocasiones negociar con el GORESAM y la administración del ACR-CE con el fin de encontrar una solución. Esto incluyó propuestas en 2011 para el manejo conjunto de la zona,¹⁶ así como nuevas negociaciones en 2015, que llevaron al “Acta de Tarapoto” del 5 de junio de 2012, en donde las partes interesadas del Gobierno acordaron con el CEPKA trabajar conjuntamente en áreas incluyendo, *inter alia*:

La Titulación de los territorios indígenas, sin el establecimiento de los contratos de cesión en uso, debido a que este procedimiento se centra en una norma que afecta los derechos territoriales contenidos en el Convenio 169 OIT y contradice los mandatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁷

17. Sin embargo, a pesar del ofrecimiento de compromisos sobre estos asuntos en las discusiones con las comunidades indígenas afectadas [y el CEPKA], en la práctica el GORESAM y el ACR-CE procedieron con los contratos de cesión en uso, y han hecho muy pocos cambios, o ninguno, en el modo de operación del ACR-CE.

A. Parámetros legales de los contratos de cesión en uso y las áreas protegidas

18. Existen muchas disposiciones en la *Ley forestal* que especifican los usos que las comunidades nativas pueden hacer de las áreas forestales dentro de sus territorios (en virtud del contrato de *cesión en uso* u otros acuerdos). En particular:

- Conforme al artículo 66, las comunidades indígenas deben solicitar permiso a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre para cualquier uso de los recursos de la flora y fauna forestal, excepto aquellos que son necesarios para

se sostiene que no se exigían las consultas en virtud de la ley en el momento en que entró en vigor el ACR-CE, porque la ley nacional de consulta aún no se había promulgado. Si bien se reconoce que se celebraron otras reuniones informativas, como se describe en la misma respuesta, se debate si fueron suficientes para cumplir con las obligaciones de participación efectiva que se detallan a continuación.

¹⁴ Ver la Respuesta de la Jefatura del ACR-CE, párrafo 36.

¹⁵ Ver la Respuesta de la Jefatura del ACR-CE, párrafo 37. El proceso descrito para la “consulta” en el párrafo 38 muestra la integración marginal de las comunidades en la toma de decisiones en torno al Plan Maestro, participando solamente en las “reuniones de información” al principio y en “reuniones de validación” al final, pero sin tener un papel real en la redacción y negociación de los términos del Plan.

¹⁶ PAJARES, Erick. *Informe Técnico Jurídico que sustenta la Propuesta de Cogestión del Área de Conservación Regional (ACR) Cordillera Escalera – Región San Martín*: para el Consejo Étnico de los Pueblos Kichwa de la Amazonía. Biosfera – Investigación de Futuros. Documento Interno de CEPKA. 2011.

¹⁷ Acta de Tarapoto del 5 de junio 2015, firmado por: el Director Regional de Agricultura; el Director Regional de Energía y Minas; el Gerente de la Autoridad Regional Ambiental, y varios representantes de las Comunidades Nativas.

el “*uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia*”. Las solicitudes de permisos deben estar acompañadas por un plan de manejo de la comunidad, así como de la resolución comunitaria por medio de la cual el plan ha sido adoptado.

- Conforme al artículo 75, el uso de los recursos forestales (incluso de la fauna forestal) por las comunidades indígenas requiere que la comunidad obtenga un permiso de la autoridad regional forestal, con la excepción del uso de dichos recursos (incluida la fauna) para “*uso doméstico, autoconsumo o fines de subsistencia*”.¹⁸ El artículo 75 señala además que “el manejo forestal de los bosques comunales que realizan las comunidades nativas se efectúa con autonomía, conforme a su cosmovisión y con planes de manejo, de acuerdo con lineamientos aprobados por el Serfor¹⁹ que incorporen sus valores culturales, espirituales, cosmovisión y otros usos tradicionales del bosque, así como el control de la actividad por la propia comunidad y por el sector correspondiente”.
- El artículo 76 reconoce que las comunidades que poseen un contrato de cesión en uso tienen el derecho a la posesión, el acceso, el uso y el goce *exclusivo* de las tierras forestales (bien sean bosques de producción o de protección).
- Conforme al artículo 78, el Serfor reconoce y respeta el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas con relación al manejo de los bosques. Este conocimiento es incorporado en la norma técnica que gobierna el uso forestal comunitario.
- Según el artículo 87, se paga una retribución económica por el uso de cualquier recurso de fauna forestal (excepto en relación con las excepciones establecidas en la ley, el uso doméstico relevante, el consumo personal y el uso de subsistencia).
- Según el artículo 102, la autoridad propia de la comunidad indígena regula la cacería con propósitos de subsistencia, pero debe cumplir con las normas de las autoridades gubernamentales con respecto a las especies en peligro de extinción, y debe proporcionar una lista de especies susceptibles a ser cazadas para el consumo doméstico por la comunidad (fijando temporadas y cuotas) siendo este el instrumento de gestión reconocido por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre. La GJC y el FPP tienen entendido que ni la ley ni las agencias relevantes del Gobierno asignan a las comunidades una ayuda técnica o financiamiento para cumplir con cualquiera de estos requerimientos.

19. 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 No. 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 de la Ley 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 de la Ley 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*” (énfasis añadido).

¹⁸ Ver además el artículo 81, que define el uso doméstico, el autoconsumo o los fines de subsistencia como “el aprovechamiento de los recursos de la flora y fauna silvestre necesario para la supervivencia individual o familiar de los integrantes de una comunidad nativa”.

¹⁹ Servicio Forestal y de Fauna Silvestre – SERFOR.

- 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 establece el ‘Convenio No. 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 43 del Reglamento ANP establece que:
 - (1) *El proceso para la categorización definitiva o el de establecimiento de un Área Natural Protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar.*
 - (2) *Se pueden establecer Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación. En todo caso es aplicable lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Decreto Legislativo N° 613.*
- El artículo 89 del Reglamento ANP dispone que:
 - (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 sub-productos, 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.*

B. Integración de estas normas en el contrato de cesión en uso de Nuevo Lamas

20. Parece ser que en la elaboración del contrato específico de cesión en uso estas restricciones han sido aplicadas de manera conjunta. Como resultado, las excepciones que se aplican generalmente al uso de los pueblos indígenas en relación con las áreas forestales dentro de una zona de cesión en uso, tal y como lo dispone la Ley forestal, han sido restringidas aún más o eliminadas por la aplicación de la Ley ANP. Por ejemplo, la Cláusula 3.3 del contrato de cesión en uso dispone que, *inter alia*:

- Los miembros de la Comunidad pueden usar únicamente recursos madereros con fines de subsistencia *cuando un árbol se ha caído por causas naturales, y con la autorización expresa de la administración del ACR-CE* [énfasis añadido] restringiendo por lo tanto el derecho de uso de madera incluso cuando dicho uso es doméstico, de consumo personal o de subsistencia;
 - Los miembros de la Comunidad deben ser “informados” acerca de los proyectos de investigación que llevará a cabo la administración del ACR-CE (a primera vista inconsistentes con los derechos *exclusivos* de la comunidad de acceso y uso de sus territorios);
 - El uso por parte de la Comunidad de los recursos no maderables de flora y fauna debe estar en conformidad con los planes de manejo (sin indicación explícita de que este no será el caso para el uso de subsistencia);
 - La agricultura de rotación tradicional está efectivamente prohibida, por el requerimiento de que las comunidades deben “respetar los límites de las áreas agrícolas”.
21. La Cláusula 3.3(b) reitera que la Comunidad debe solicitar el permiso de las autoridades ambientales regionales para usar **cualquier** recurso de flora y fauna, de nuevo sin declarar de manera explícita que los miembros de la comunidad tienen el derecho de usar dichos recursos para uso doméstico, consumo personal o subsistencia sin el permiso de las autoridades regionales. Además, la Cláusula 6 crea numerosas zonas dentro del territorio en virtud del contrato de cesión en uso – particularmente, una *zona de recuperación* (845.35 ha) y una *zona de uso especial* (0.37 ha). Esta zonificación corresponde con aquella del ACR-CE (de conformidad con el Reglamento ANP) e impone mayores limitaciones sobre áreas significativas del territorio (en particular dentro del 29% de las tierras de cesión en uso zonificadas para una “estricta protección” o “bosque”.
22. También debe señalarse que el contrato de cesión en uso establece explícitamente (en su párrafo 3.3(a)) que los derechos de propiedad sobre la totalidad del área de cesión en uso siguen en poder del Estado, por lo tanto evidenciando de manera incontrovertible que la Comunidad de Nuevo Lamas no tiene los derechos de propiedad de esta área.
23. Estos antecedentes de hecho forman el contexto para la siguiente discusión de los principios legales internacionales pertinentes.

III. Derecho a la propiedad del pueblo Kichwa (y específicamente de la Comunidad de Nuevo Lamas)

24. 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”.²⁰ 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”.²¹ 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”.

²⁰ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, CorteIDH, Serie. C, No. 79 (2001) (en adelante **Awás Tingni**), párrafo 148.

²¹ *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie. C No. 146 (en adelante **Sawhoyamaya**), párrafo 120.

25. 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 éstas 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.²²

26. Estos principios se derivan de la jurisprudencia extensiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que afirma el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de sus territorios consuetudinarios,²³ la cual es directamente aplicable a la situación del pueblo Kichwa en este caso. Como se expone más adelante, existen numerosas obligaciones específicas asociadas con este derecho, así como derechos conexos como el derecho a la libre determinación y el derecho a la práctica de la cultura, que pueden violarse junto con el derecho a la propiedad, y que también deben tenerse en cuenta.
27. Con respecto a la situación del pueblo Kichwa en este caso, como se explica en el proceso constitucional de amparo presentada por la Comunidad de Nuevo Lamas el 22 de agosto de 2017, el Recurso presentado el 3 de septiembre de 2018 y la información complementaria presentada el 16 de octubre de 2018, la Comunidad de Nuevo Lamas es una comunidad indígena del pueblo Kichwa que reclama tierras ancestrales de aproximadamente 1,760 hectáreas. De hecho, la legitimidad de la reclamación de propiedad territorial por parte de la Comunidad de Nuevo Lamas ha sido reconocida por el GORESAM (y, por lo tanto, por el Estado del Perú), mediante su adjudicación de la reclamación referente a la titulación de tierras realizada por la Comunidad en varias ocasiones, incluido más recientemente el 29 de agosto de 2013. Como resultado de esta reclamación se han titulado 31 hectáreas, con otras 1,620 hectáreas adicionales siendo objeto de un contrato de cesión en uso entre el GORESAM y la Comunidad – lo que refleja

²² *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 febrero de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ser. C No. 346 (en adelante “**Xucuru**”), párrafo 117.

²³ *Inter alia, Awas Tingni* párrafos 148-9; *Saramaka* párrafos 89-91; *Caso de la Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay*, CorteIDH, 17 de junio de 2005. Ser C No. 125 (en adelante “**Yakye Axa**”), párrafo 137; *Kaliña y Lokono*, párrafo 124.

conjuntamente el 93.8% del total de las tierras originalmente reclamadas por la Comunidad.²⁴

28. Por lo tanto, la extensión del territorio tradicional de la Comunidad de Nuevo Lamas no es objeto de una disputa importante. Más bien, lo que la comunidad reclamante está poniendo en duda es la adecuación o la insuficiencia de la *cesión en uso* como una forma de reconocimiento de sus derechos de propiedad comunales, las restricciones significativas sobre el uso y el acceso impuestas sobre la Comunidad en virtud del contrato, así como (de manera relacionada) la imposición de un área protegida en el territorio tradicional de la Comunidad sin una consulta apropiada ni el consentimiento libre, previo e informado, sin compensación, y cuando estas medidas no eran necesarias ni proporcionadas para lograr un propósito público legítimo.

A. Obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras y territorios de los pueblos indígenas

29. 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 la Comunidad de Nuevo Lamas 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.
30. La obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras consuetudinarias ha sido explicada por la Corte Interamericana en un número de ocasiones.²⁵ 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
*2. 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 zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.”*²⁶

31. 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 deben llevarse a cabo:

²⁴ No obstante, cabe señalar que 108.3798 hectáreas de las tierras reclamadas por la Comunidad de Nuevo Lamas nunca han sido incluidas en las tierras tituladas ni dentro del contrato de cesión en uso.

²⁵ Además de los casos a los que se hace referencia en este texto, véase también: *Sawhoyamaya*, párrafo 143.

²⁶ *Awas Tingni*, párrafo 153.

*“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 sólo 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.’”²⁷*

32. 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”.²⁸ Los requerimientos específicos de la obligación legal de “participación efectiva” son descritos con más detalle en la sección IV (79 – 97) más adelante.

33. 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.

34. 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...”²⁹

35. 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

²⁷ *Saramaka*, párrafo 115 (énfasis añadido). En el *Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam*, CorteIDH, sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 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).

²⁸ *Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, CorteIDH, sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 305 (b).

²⁹ Perú: CERD/C/PER/CO/22-23, 23 de mayo 2018, párrafo 16.

humanos, que exigen como regla general que los territorios indígenas sean delimitados, demarcados y titulados en su totalidad.

36. Además, el hecho de que los territorios indígenas sin titular sean definidos como “dominio del Estado” en virtud del artículo 32 del Decreto-*Ley No 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.³⁰ Recordando que los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad surgen en virtud de su propiedad consuetudinaria, 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 la Comunidad de Nuevo Lamas, así como otras comunidades Kichwa en San Martín, tiene derechos de propiedad dentro de la región de San Martín que son considerablemente anteriores a la promulgación del Decreto-*Ley No 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 dominio 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.
37. 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 la Comunidad de Nuevo Lamas, y más ampliamente el pueblo Kichwa (los requerimientos del CLPI, que la GJC y el FPP consideran no se han cumplido en este caso, se discutirán en la sección IV(B) más adelante). Este principio se establece en el extracto del caso *Awás Tingni* mencionado anteriormente; además, ha sido reiterado por la Corte Interamericana en, *inter alia*, el caso *Moiwana*³¹ y en el caso *Saramaka*.³² 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 21.³³
38. En el presente caso, consideramos que la obligación por parte del Estado de delimitar, demarcar y otorgar un título de propiedad al pueblo Kichwa no ha sido cumplida por el Estado. La existencia de un contrato de *cesión en uso* no es suficiente para cumplir con esta obligación: *no* reconoce explícitamente los derechos de propiedad de la Comunidad de Nuevo Lamas y, además, exige que el acceso y el uso del área en cuestión estén sujetos a limitaciones importantes que no están justificadas en el derecho internacional de derechos humanos (y que por lo tanto son incongruentes con la Constitución del Perú). Concretamente, el fracaso por parte del Estado de delimitar y demarcar el territorio, y de proporcionarle igual protección bajo la ley, ha dado lugar a la situación en la cual se creó el ACR-CE superpuesto con el territorio de la Comunidad de Nuevo Lamas sin su

³⁰ Véase también el artículo 23 de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales - 29151, que establece: “Los predios que no se encuentren inscritos en el Registro de Predios y que no constituyan propiedad de particulares, ni de las Comunidades Campesinas y Nativas, son de dominio del Estado...”.

³¹ *Moiwana*, párrafo 211.

³² *Saramaka*, párrafo 194.

³³ *Pueblos Kaliña y Lokono*, párrafo 160.

participación efectiva (que incluye el consentimiento libre, previo e informado), y sin compensación alguna, provocando la imposición de aún más restricciones de uso y acceso, como veremos a continuación.

B. Derechos de acceso y uso de las tierras forestales y de los recursos en el territorio Kichwa

39. Otro asunto que surge del proceso constitucional de amparo de la Comunidad de Nuevo Lamas se relaciona con las restricciones impuestas al acceso y uso de la Comunidad de esas partes de su territorio dentro de la cesión en uso y, más específicamente, en el ACR-CE.
40. Como se señaló en los párrafos 10 - 23 arriba mencionados, los efectos combinados de la provisión de acceso a su territorio mediante un contrato de cesión en uso, y las restricciones adicionales impuestas sobre el uso debido a la existencia del ACR-CE, han hecho que el acceso y el uso por parte de la Comunidad de Nuevo Lamas de su territorio forestal haya estado significativamente restringido. Estas restricciones incluyen, entre otras cosas:
- Importantes restricciones geográficas sobre el acceso y el uso, incluyendo el 29% de las tierras de cesión en uso (y el 35.67% de las tierras dentro del ACR-CE) en donde está completamente prohibido el uso de los recursos forestales (caza, pesca, recolección) por parte de la Comunidad (en aquellas tierras clasificadas para “zona de protección estricta” o “zona silvestre”). También existe la posibilidad en virtud de este contrato que algunas de esas tierras que en la actualidad tienen menos restricciones (por ejemplo, dentro de la “zona de recuperación”, cubriendo el 52.81% de las tierras en cesión en uso) puedan ser clasificadas para una protección más estricta en el futuro (ver Cláusula 3.3).
 - La prohibición efectiva de las actividades agrícolas tradicionales de rotación de cultivos (*purmeo*), por el requisito de respetar los límites agrícolas existentes.
 - Los requisitos para obtener permisos para el uso comunitario de los recursos forestales, y la remoción de las excepciones de uso para uso personal y de subsistencia que se aplicarían normalmente al uso del bosque en áreas con contratos de *cesión en uso*.³⁴
 - La restricción al corte de árboles para obtener madera – la Comunidad está siendo restringida a utilizar árboles caídos, y únicamente con permiso explícito – por lo que en la práctica la Comunidad se ve forzada a mantener y construir casas y edificaciones comunitarias a partir de fuentes externas de madera (incluso mediante su compra).
41. Sin embargo, la imposición de estas restricciones también es *prima facie*, en violación de las obligaciones del Estado peruano en virtud del derecho internacional, en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Convenio 169 de la OIT, entre otros, porque priva a la comunidad de Nuevo Lamas de la propiedad de sus recursos naturales, impone serias limitaciones a su capacidad para practicar su cultura y socava su derecho a la libre determinación. Concretamente, la propiedad de la tierra en virtud del artículo 21 de la Convención Americana y del artículo 15 de del Convenio 169 de la OIT incluye e

³⁴ En este sentido, el acuerdo de cesión en uso es en sus propios términos potencialmente ambiguo, ya que establece que los permisos se deben obtener "en concordancia con el artículo 75 de la Ley No. 29763", artículo que se refiere a la excepción para uso personal, consumo doméstico y subsistencia (ver cláusula 3.3 (b)). No está claro si se pretende que esto se aplique, ya que no se establece explícitamente en el contrato y, además, dicho contrato señala posteriormente que se deben aplicar restricciones de uso adicionales debido a la existencia del ACR-CE (consulte la cláusula 3.3 (c)). En la práctica, la administración del ACR-CE ha requerido con frecuencia permisos de las comunidades indígenas en el área (aunque no frecuentemente para la Comunidad específica de Nuevo Lamas, ya que los guardas del ACR-CE no se encuentran cerca de ella) para actividades dentro del ACR-CE, sugiriendo que el entendimiento de las autoridades (y por lo tanto el efecto práctico para las comunidades) es que las excepciones de uso personal no se aplican dentro de la cesión en uso. No se ha sugerido que la Comunidad de Nuevo Lamas esté exenta de tales requisitos, más bien parece que esto ha sido simplemente una cuestión de su proximidad geográfica.

implica el derecho y el uso de los recursos naturales dentro del territorio. Como lo observa la Corte Interamericana en *Saramaka*:

*“...el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida.”*³⁵

42. La Convención Americana es consistente a este respecto con la posición establecida en el artículo 15(1) del Convenio 169 de la OIT, el cual afirma que los “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras³⁶ deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.
43. La Corte IDH en el caso *Saramaka* encontró que el derecho a la tierra de un pueblo indígena o tribal también se extiende al “derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio”.³⁷ Además, el CERD ha comentado específicamente sobre el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre ambos recursos naturales (incluyendo los recursos del subsuelo y el agua) dentro de sus tierras tradicionales. En sus Observaciones Finales de 2006 sobre Guyana, y haciendo referencia a la DNUDPI, el Comité “insta al Estado Parte a que reconozca y proteja los derechos de todas las comunidades indígenas a poseer, explotar y controlar los territorios que han ocupado tradicionalmente, en particular los recursos hídricos y subterráneos”.³⁸ El artículo 26 de la DNUDPI dispone que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”, y que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.³⁹
44. El derecho de los pueblos indígenas a poseer y controlar los recursos naturales dentro de sus territorios está igualmente asociado con el derecho a la libre determinación, protegido en virtud el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“**PIDCP**”) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“**PIDESC**”). El artículo 1(2) dispone que “[p]ara el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales...”, y además que “[e]n ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”. Citando el artículo 1, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“**CESCR**”) ha señalado preocupaciones en relación con el control de los recursos naturales de los pueblos indígenas en un número de países. Por ejemplo, en sus Observaciones Finales sobre Chile de 2015, el Comité comentó que “[p]ese a los esfuerzos realizados por el Estado parte en cuanto a la demarcación de tierras indígenas, preocupa al Comité la limitada protección del derecho que tienen los pueblos indígenas a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, así como de sus tierras ancestrales (art. 1).⁴⁰ En sus Observaciones finales de 2015 sobre Paraguay, el Comité notó que el Estado parte “todavía no haya reconocido legalmente el derecho que tienen los pueblos indígenas a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y que no se haya creado un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales (art. 1).”⁴¹ Con respecto a Guayana, el Comité expresó su preocupación en cuanto a “la ausencia de reconocimiento y protección de los sistemas

³⁵ *Saramaka*, párrafo 122.

³⁶ En virtud del artículo 13(2), según el cual “tierras” en el artículo 15 deberá incluir el concepto de territorios.

³⁷ *Saramaka*, párrafo 121.

³⁸ Guyana: CERD/C/GUY/CO/14, 4 de abril de 2006, párrafo 16.

³⁹ DNUDPI artículo 26(1) y (2).

⁴⁰ Chile, E/C.12/CHL/CO/4, 7 de julio de 2015, párrafo 8.

⁴¹ Paraguay, E/C.12/PRY/CO/4, 20 de marzo de 2015, párrafo 6.

tradicionales de tenencia de la tierra y las normas consuetudinarias relativas a la propiedad de la tierra y los recursos de los pueblos indígenas”, y “las limitaciones de las comunidades indígenas con título de propiedad de sus tierras para gestionar y controlar los recursos situados en sus territorios”.⁴²

45. La propiedad y el uso de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas dentro de sus territorios está estrechamente relacionada con su derecho al goce de su cultura, un derecho que se encuentra protegido en el artículo 27 del PIDCP y en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana en relación con los niños indígenas. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que para los pueblos indígenas la cultura “se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres” y “actividades tradicionales” que puede requerir “la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.”⁴³ La privación de las tierras o de los recursos naturales puede a su vez despojar a los pueblos indígenas de su cultura. En *Poma vs. Perú*, el Comité de Derechos humanos observó que:

7.3 El Comité ha reconocido en casos anteriores que los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen. En el presente caso resulta indiscutible que la autora es miembro de una minoría étnica y que la cría de camélidos constituye un elemento esencial de la cultura de la comunidad aymara, siendo ésta una forma de subsistencia y una práctica ancestral que se ha transmitido de padres a hijos. La autora misma participa de esa actividad.

7.4 El Comité reconoce que un Estado pueda legítimamente tomar medidas para promover su desarrollo económico. Sin embargo, recuerda que ello no puede menoscabar los derechos reconocidos en el artículo 27. Así pues, el alcance de la libertad del Estado en este ámbito deberá medirse con base a las obligaciones que deba asumir de conformidad con el artículo 27. El Comité recuerda asimismo que las medidas cuya repercusión equivalga a una negación del derecho a gozar de la propia cultura de la comunidad son incompatibles con el artículo 27, mientras que aquellas medidas que sólo tuvieran una repercusión limitada sobre el modo de vida y el sustento

⁴² Guyana, E/C.12/GUY/CO/2-4, 28 de octubre de 2015, párrafo 14. El Comité hizo comentarios similares en relación con Tailandia: E/C.12/THA/CO/1-2, 19 de junio de 2015, párrafo 9, (“El Comité recomienda al Estado parte, en particular, que garantice el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad, la utilización, el control y la explotación de las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido.”); Uganda: E/C.12/UGA/CO/1, 8 de julio de 2015, párrafo 13 (“El Comité recomienda al Estado parte que reconozca los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y sus recursos naturales”); Indonesia: E/C.12/IDN/CO/1, 19 de junio de 2014, párrafo 38 (“El Comité...insta al Estado Parte a que... [g]arantice efectivamente su derecho inalienable a la propiedad, el desarrollo, el control y la utilización de sus tierras ancestrales y de sus recursos.”); El Salvador: E/C.12/SLV/CO/3-5, 19 de junio de 2014, párrafo 27 (“El Comité recomienda al Estado parte que incorpore mecanismos para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales y sus recursos naturales”); Finlandia: E/C.12/FIN/CO/6, 28 de noviembre de 2014, párrafo 9 (“... el Comité insta al Estado parte a que ... [i]ntensifique sus esfuerzos por adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar al pueblo sami de forma plena y eficaz los derechos a poseer sus tierras y a disponer de su riqueza y recursos naturales”). El Comité de Derechos Humanos (“CDDHH”) también ha comentado sobre las obligaciones hacia los pueblos indígenas a las que da lugar el artículo 1: ver, por ejemplo, Canadá CCPR/C/79/Add.105, 7 de abril de 1999, párrafo 8 (“Al Comité le preocupa también que el Estado parte no haya aplicado todavía la recomendación de la Comisión Real sobre las Poblaciones Autóctonas. En cuanto a la conclusión de la Comisión Real, de que sin una mayor proporción de tierras y recursos las instituciones autóctonas de autogobierno fracasarán, el Comité hace hincapié en que el derecho a la autodeterminación requiere, entre otras cosas, que todas las poblaciones puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que no se les prive de sus medios de subsistencia”).

⁴³ Comité de Derechos Humanos, Comentario general No. 23(50) (art 27); Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 26 de abril de 1994, párrafo 7.

de las personas pertenecientes a la comunidad no equivaldrían necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos por ese artículo.⁴⁴

46. Asimismo, en *Sarayaku* (párrafo 171), citando sus sentencias en el *Pueblo Samaraka y Mayagna (Awás Tingni)*, la Corte Interamericana observó que “[b]ajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales”.⁴⁵ Es evidente en el presente caso, teniendo en cuenta en particular los esfuerzos realizados por el pueblo Kichwa para conservar sus tradiciones ancestrales (incluyendo el *purmeo*, así como actividades culturales y de subsistencia basadas en el uso de la flora y la fauna de sus territorios forestales), que el uso de sus recursos naturales es un elemento fundamental en la supervivencia de su cultura, y que privarles del acceso a estos recursos les impedirá el goce de su cultura, en contravención con el artículo 27 del PIDCP y otras normas internacionales. Como se señala más adelante, las protecciones en virtud del artículo 27 y las normas conexas también están vinculadas al derecho del pueblo Kichwa a la libre-determinación.
47. Las restricciones impuestas por el Estado, a través del GORESAM y el plan de manejo del ACR-CE, a la Comunidad de Nuevo Lamas, y en general al pueblo Kichwa, al acceso y uso del bosque y sus recursos dentro de sus tierras tradicionales, claramente implican violaciones de los derechos de propiedad, a la cultura, a un tratamiento igualitario/a la no discriminación y a la libre determinación. Como se discute más adelante, los derechos de propiedad, acceso y uso de esos recursos pueden ser restringidos de manera legítima únicamente si tales restricciones son necesarias y proporcionales al propósito público legítimo, y mediante un proceso de toma de decisiones que involucre la participación efectiva del pueblo Kichwa. Además, si finalmente se determina que dichas restricciones son legítimas, proporcionadas y necesarias (y la GJC y el FPP no piensa que este es el caso, tal como se establece a continuación), aún se requiere una compensación por las pérdidas incurridas. Como se establece a continuación, estas condiciones no se han cumplido en la situación actual.

IV. Restricciones legítimas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de conservación

48. Como un principio general, se reconoce que existen algunas circunstancias en las cuales un Estado podría imponer restricciones sobre el goce de algunos derechos humanos, en las condiciones incluidas en la elaboración del derecho mismo y en los principios generales del derecho.⁴⁶ También hay un organismo de jurisprudencia que ha impuesto condiciones adicionales específicas en la limitación de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas (y/o sobre los derechos de propiedad en general). Las condiciones para tales restricciones son aplicadas estrictamente, y han sido desarrolladas con más profundidad en el derecho internacional.
49. En términos generales, los principios generales de derecho para las limitaciones de los derechos incluyen que cualquier restricción deben ser:

- Prescrita por (y llevada a cabo de conformidad con) la ley.

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, *Poma vs. Perú*, Comunicación No. 1457/2006, 28 de diciembre de 2004, párrafos 7.3 y 7.4, se omiten las notas de pie de página.

⁴⁵ La Corte explica además en *Sarayaku*, párrafos 159 y 217, “que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural...” y “que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”.

⁴⁶ Para una discusión más amplia sobre los principios generales en relación con las limitaciones a los derechos humanos, véase la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 28 de septiembre de 1984, E/CN.4/1985/4.

- No discriminatoria.
- Proporcional.
- Necesaria.
- Para un propósito legítimo en una sociedad democrática.

50. En el caso del derecho de propiedad⁴⁷ de los pueblos indígenas, las restricciones:

- Pueden ser impuestas únicamente después de un proceso que haya incluido (por lo menos) la participación efectiva de los pueblos indígenas, un estudio del impacto ambiental y social y la creación de mecanismos de distribución de beneficios (y no deben ser impuestas bajo ninguna circunstancia si tales restricciones amenazan la supervivencia física o cultural de los pueblos indígenas o la comunidad en cuestión).
- Deben ir acompañadas por una compensación por el menoscabo de los derechos que se han restringido.

51. En los párrafos a continuación desarrollaremos la aplicación de estos principios específicamente en el contexto de proyectos de conservación, ya que en el contexto de la Comunidad de Nuevo Lamas estos parecen ser la causa dominante general detrás de las acciones del GORESAM y del Estado peruano.

A. Principios generales que se aplican a las limitaciones de los derechos humanos

Prescritos por (y llevados a cabo de conformidad con) la ley (principio de legalidad)

52. El principio de legalidad requiere que, cuando un Estado pretende imponer limitaciones al ejercicio de los derechos humanos, dichas limitaciones deben ser prescritas por ley y deben imponerse de conformidad con la ley que así lo prescribe (véase, por ejemplo, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 del PIDESC, el artículo 9(1) y 17 del PIDCP). Este principio se deriva de los principios generales del derecho internacional y del estado de derecho (y se relaciona con el requisito de que las acciones de los Estados no deben ser arbitrarias). Este requisito está también relacionado con las obligaciones del Estado de proporcionar una reparación para las violaciones de los derechos humanos (ver, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2(3) del PIDCP, el artículo 6 del CERD) y de asegurar la igualdad ante la ley (ver, por ejemplo, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

53. En el caso de los derechos de propiedad en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este es además un requisito explícito según el artículo 2(1), que dispone que:

*(2) Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social **y en los casos y según las formas establecidas por la ley** [énfasis añadido].*

No discriminatorios

54. Es un principio general del derecho internacional en materia de derechos humanos que todas las medidas tomadas por el Estado no deben discriminar por motivos, *inter alia*, de

⁴⁷ Algunas de estas condiciones adicionales, incluyendo el requisito de una compensación, el cual es un requerimiento específico en el artículo 21(2), tienen o pueden tener una aplicación más amplia que simplemente a los pueblos indígenas; sin un prejuicio de esas aplicaciones más amplias (explícitas o potenciales), este informe considerará únicamente la aplicación de estos principios a los pueblos indígenas.

raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, posición económica, nacimiento o cualquier otro estado (ver, por ejemplo, el artículo 2 del PIDCP, el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 2(2) del PIDESC, los artículos 3 y 4 del Convenio 169 de la OIT). La no discriminación por motivos de raza (incluyendo sobre la base de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico) es también una obligación específica del Perú en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ver, por ejemplo, el principio general contenido en el artículo 2, así como específicamente con respecto a este caso el artículo 5(d)(v) sobre la igualdad ante la ley y la no discriminación en relación con el derecho a poseer una propiedad).

55. Si bien en algunas circunstancias está permitido limitar o menoscabar ciertos derechos humanos (incluso, por ejemplo, bajo ciertas circunstancias excepcionales como guerra o emergencia pública, véase por ejemplo el artículo 4 del PIDCP, el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos), el requisito de la no discriminación es absoluto y aplicable en relación con todas las limitaciones o derogaciones de los derechos.

Propósito legítimo

56. Como punto de partida, vale la pena reconocer que el derecho internacional en materia de derechos humanos ha reconocido que, en principio, la conservación puede ser un objetivo legítimo que permita las restricciones de los derechos, incluidos los derechos de propiedad en virtud del artículo 21.⁴⁸ Sin embargo, se desprende claramente de la jurisprudencia que el hecho de que la conservación es un objetivo legítimo en principio no significa que sus objetivos automáticamente tomen prioridad sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. De hecho, en múltiples ocasiones los tribunales internacionales han ordenado la restitución de las tierras asignadas con fines de conservación, a los pueblos indígenas que habían sido desposeídos de ellas.⁴⁹ Además, cabe señalar que el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas es *en sí mismo* un objetivo legítimo de interés público y no puede por lo tanto ser ignorado.⁵⁰
57. En términos más generales, existe un mayor reconocimiento de que la “conservación” como objetivo también tiene dimensiones sociales y culturales, así como también dimensiones puramente ecológicas, como se reconoce por ejemplo en los artículos 8(j) y 10(c) del Convenio sobre la Diversidad Biológica; las Metas de Aichi;⁵¹ en la jurisprudencia en desarrollo sobre el derecho a un ambiente limpio (y sus integración con otros derechos humanos); en el desarrollo de las *Akwé:Kon Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales* (“**Directrices**

⁴⁸ Ver *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párrafo 71.

⁴⁹ *Caso de los Pueblos Indígenas Xákmok Kásek vs. Paraguay*, CorteIDH, Sentencia del 24 de agosto de 2010. Series C No. 214; *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*; *Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenia) y Minority Rights Group International en nombre del Endorois Welfare Council vs. Kenia*, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso 276/2003, 25 de noviembre de 2009; *Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Kenia*, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Solicitud Nro. 006/2012, 26 de mayo de 2017.

⁵⁰ Ver *Yakye Axa*, párrafo 148.

⁵¹ Las Metas de Aichi para la biodiversidad comprenden las metas incluidas en el Plan Estratégico 2011-2020 para la implementación del Convenio sobre la Diversidad Biológica. La meta 11 de las Metas para la biodiversidad exige la protección del 17 por ciento de las zonas terrestres y de aguas continentales y el 10 por ciento de las zonas marinas y costeras, por medio de sistemas de áreas protegidas u **otras medidas de conservación eficaces basadas en áreas**. Es ampliamente entendido y aceptado que las “otras medidas de conservación eficaces basadas en áreas” incluyen el manejo sostenible por parte de las comunidades indígenas (por fuera del marco de áreas protegida); ver, por ejemplo, UICN/CMAP, 2017. Guidelines for Recognising and Reporting Other Effective Area-based Conservation Measures. UICN, Suiza. Versión 1 (disponible en inglés en: <https://www.cbd.int/pa/doc/guidelines-reporting-oecms-en.pdf>); N Dudley et al, (2018), *The essential role of other effective area-based conservation measures in achieving big bold conservation targets*, Global Ecology and Conservation, volumen 15, páginas 1-7.

Akwé:Kon");⁵² en el reconocimiento de los pueblos indígenas en el manejo de los paisajes forestales intactos;⁵³ en la inclusión de la dependencia de los medios de vida y los valores culturales entre los "altos valores de conservación" utilizados para evaluar el valor de conservación de las tierras;⁵⁴ entre muchos otros ejemplos.

58. Esta creciente comprensión de la interdependencia de los elementos culturales y ecológicos de la conservación ha dado lugar a la jurisprudencia y a la orientación que apuntan a la necesidad de que los Estados reconozcan la contribución de los pueblos indígenas a la conservación, e integren los principios de conservación ecológica y protección de los derechos territoriales indígenas en las políticas nacionales. En su informe de 2016 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas Vicki Tauli-Corpuz, señaló:

15. Los pueblos indígenas mantienen fuertes vínculos espirituales con las plantas, los árboles y los animales que viven en sus tierras, y para ellos, proteger sus territorios es un deber sagrado. Los pueblos indígenas, sin embargo, tal vez no se autodenominan ecologistas, y por esta razón la comunidad dedicada a la conservación desconoce en gran medida lo que aportan a la conservación. Por otra parte, se reconoce cada vez más que las tierras ancestrales de los pueblos indígenas contienen los ecosistemas más intactos y proporcionan la forma de conservación más eficaz y sostenible. Se han hecho estudios que demuestran que los territorios de pueblos indígenas que han obtenido derechos sobre la tierra están notablemente mejor preservados que las tierras adyacentes.⁵⁵

59. Igualmente, el Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, John Knox, señaló en su informe de 2017:

59. La protección de los derechos de las personas que viven más cerca de la naturaleza no solo es una exigencia del derecho de los derechos humanos; a menudo es también la mejor o la única forma de asegurar la protección de la diversidad biológica. Los conocimientos y las prácticas de las personas que viven en ecosistemas ricos en biodiversidad son vitales para la conservación y el uso sostenible de esos ecosistemas. Se ha estimado que los territorios y áreas conservadas por las poblaciones indígenas y las comunidades locales (TICCA, así denominadas por razones históricas) abarcan cuando menos la misma superficie que las zonas protegidas administradas por los Gobiernos. Se ha demostrado que la protección de los derechos humanos de las poblaciones indígenas y las comunidades locales tiene como resultado una mejor protección de los ecosistemas y la diversidad biológica. Por el contrario, tratar de conservar la diversidad biológica excluyéndolas de una zona protegida suele traducirse en fracaso. En resumidas cuentas, el respeto de los derechos humanos debe considerarse complementario y no contrapuesto a la protección del medio ambiente.⁵⁶

⁵² Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004), *Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares*. Montreal, 27p. (Directrices del CDB)).

⁵³ James Watson et al (2018), *Policy Brief: Supporting indigenous peoples who manage intact forests is crucial to achieving climate goals*, CMC y otros (disponible en: https://c532f75abb9c1c021b8c-e46e473f8aad72cf2a8ea564b4e6a76.ssl.cf5.rackcdn.com/2018/09/12/8vxoock8bw_Policy_Brief_WCS_CDU_UMD_Indigenous_Lands_and_Intact_Forest_Landscapes_v5.pdf)

⁵⁴ Ver: <https://www.hcvnetwork.org/resources/common-guidance-for-hcv-id-sp-ifl-2018>, AVC 5 y 6.

Los AVC son un principio y criterios utilizados como principios de sostenibilidad por un número de operadores mundiales, instituciones financieras y esquemas de certificación, entre otros usuarios.

⁵⁵ Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Vicki Tauli-Corpuz, Doc ONU. No. A/71/229, párrafo 15 (se omiten las notas de pie de página).

⁵⁶ John Knox, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, Doc ONU no. A/HRC/34/49, 19 de enero de 2017, párrafo 59.

60. Esta interdependencia también ha sido reconocida por la Corte Interamericana, la cual señaló, en su decisión en el caso de los pueblos *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, que: “en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que los pueblos indígenas y tribales, por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación.”⁵⁷ Además, la Corte consideró:

*...relevante hacer referencia a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte estima que un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes.*⁵⁸

61. Esta comprensión de la interdependencia entre los elementos culturales y ecológicos de la conservación, así como las obligaciones de la conservación de tener en cuenta los requisitos de derechos humanos, tiene implicaciones para la comprensión de la legitimidad de las restricciones sobre los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, el acceso y la utilización de los recursos naturales sobre y en sus territorios. Dada la creciente evidencia⁵⁹ de que el uso y la propiedad de los pueblos indígenas de las tierras y bosques, incluso en América Latina y Perú, no perjudican, y de hecho con frecuencia benefician, los objetivos de conservación, y dada la obligación concurrente de asegurar (y el interés público en asegurar) el cumplimiento del derecho en materia de derechos humanos, se puede argumentar que los proyectos de conservación que no integran el

⁵⁷ Pueblos *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párrafo 181.

⁵⁸ Pueblos *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párrafo 173.

⁵⁹ Dos estudios publicados recientemente y examinados por expertos indican que las medidas estrictas de conservación son menos eficaces a la hora de reducir la deforestación que los bosques comunitarios que son manejados y controlados por pueblos indígenas y comunidades que dependen de ellos, lo cual se ha podido apreciar en bosques sometidos a diferentes sistemas de utilización (p. ej. de las categorías V y VI de la UICN). Uno de esos estudios, realizado por Porter-Bolland et al. de CIFOR (sólo disponible en inglés), es un análisis estadístico de las tasas de deforestación anuales notificadas en estudios de 73 casos de los trópicos. El análisis revela que la deforestación es considerablemente inferior en bosques gestionados por comunidades que en bosques estrictamente protegidos. El otro es un estudio de la pérdida de bosques realizado por el Grupo Independiente de Evaluación del Banco Mundial (escrito por Nelson y Chomitz, sólo disponible en inglés) que revela que algunos bosques gestionados por comunidades están ubicados en zonas sometidas a mayores presiones de deforestación que las áreas estrictamente protegidas. Teniendo eso en cuenta, los autores concluyen que los bosques gestionados por comunidades son mucho más eficaces a la hora de reducir la deforestación que las áreas estrictamente protegidas (véase la tabla resumida, pág. 9). En los casos en que hay datos disponibles, los autores han descubierto que las zonas forestales gestionadas y controladas por pueblos indígenas son aún más eficaces. Para obtener más información, consulte: Nelson, Andrew y Chomitz, Kenneth M. *Effectiveness of Strict vs. Multiple Use Protected Areas in Reducing Tropical Forest Fires: A Global Analysis Using Matching Methods*. PLoS ONE 6, n.º 8 (2011): e22722. <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0022722>; Porter-Bolland, Luciana et al. *Community managed forests and forest protected areas: An assessment of their conservation effectiveness across the tropics*. Forest Ecology and Management (junio de 2011), <http://www.cifor.org/nc/online-library/browse/view-publication/publication/3461.html>; (disponible únicamente en inglés); ver además C. Sobrevila, *The Role of Indigenous Peoples in Biodiversity Conservation: the natural but often forgotten partners* (Banco Mundial, Washington DC, 2008) (disponible en inglés); S Stevens, *Indigenous Peoples, National Parks and Protected Areas: A New Paradigm* (University of Arizona Press, 2014); C Stevens et al, *Asegurando Derechos, Luchando contra el Cambio Climático: Cómo el fortalecimiento de los derechos forestales comunitarios mitiga el cambio climático* (WRI/RRJ 2014); V. Toledo, “Indigenous Peoples and Biodiversity”, en S Levin et al (eds), *Encyclopedia of Biodiversity*, 2nd ed, Academic Press, 2007; J Springer y F Almeida, “Protected areas and land rights of indigenous peoples and local communities” (Washington, D.C., Rights and Resources Initiative, 2015)(disponible únicamente en inglés).

respeto por los derechos territoriales de los pueblos indígenas no deben ser considerados como un reflejo de un propósito público “legítimo”.

62. Además, como lo ha señalado la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su decisión en el caso de la *Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos vs. República de Kenia* (el caso Ogiek),⁶⁰ el Estado no puede simplemente afirmar que la acción fue tomada por un interés público legítimo; esto debe ser demostrado. Si bien las decisiones de la Corte Africana no son vinculantes para el Perú, brindan una guía persuasiva sobre la comprensión de los principios de derechos humanos, que se formulan de manera muy similar tanto en África como en las Américas (y han sido influidos a su vez por la jurisprudencia de la Corte Interamericana). En el caso Ogiek, se pidió a la Corte Africana que dictaminara si los derechos de propiedad⁶¹ y el derecho a la cultura⁶² (entre otros) de los pueblos indígenas Ogiek, protegidos por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (la “**Carta Africana**”), habían sido violados como resultado de su desalojo y exclusión de sus tierras, que el Estado trató de justificar sobre la base de un propósito público de conservación. La Corte afirmó que:

En el presente caso, la restricción de los derechos culturales de la población Ogiek para preservar el ambiente natural del Complejo Forestal de Mau puede, en principio, justificarse para salvaguardar el "interés común" en términos del artículo 27 (2) de la Carta. Sin embargo, la simple afirmación por parte de un Estado parte de la existencia de un interés común que justifique una interferencia con el derecho a la cultura no es suficiente para permitir la restricción del derecho o eliminar la esencia del derecho en su totalidad. En cambio, en las circunstancias de cada caso, el Estado parte deberá demostrar que su interferencia fue realmente impulsada por la necesidad de proteger ese interés común. Además, la Corte ha sostenido que cualquier interferencia con los derechos y libertades garantizados en la Carta será necesaria y proporcional al interés legítimo que se busca lograr con dicha interferencia.

Necesidad

63. Como señala acertadamente la Corte Africana en este párrafo, es importante mirar más allá de la cuestión de legitimidad y considerar además si las restricciones impuestas sobre la propiedad, el acceso y el uso de los territorios de los pueblos indígenas con fines de conservación puedan ser consideradas como *necesarias* y *proporcionales*.
64. Conforme al principio de necesidad, las medidas que restringen el goce de los derechos de los pueblos indígenas (a la propiedad, la práctica de su cultura y a la libre determinación, entre otras cosas) pueden ser únicamente adoptadas si no hay otra forma viable de lograr el objetivo de conservación. Si se dispone de medidas menos restrictivas, éstas deben adoptarse con preferencia a aquellas más restrictivas.
65. Al considerar si las restricciones sobre los derechos de propiedad de los pueblos indígenas son *necesarias* para lograr el objetivo de conservación, nuevamente es pertinente considerar el conjunto general de pruebas que indica que el uso y las prácticas de los pueblos indígenas contribuyen frecuentemente a la conservación, en lugar de perjudicarla.⁶³ Como tal, no se puede presumir que las actividades de los pueblos indígenas son inconsistentes con los objetivos de conservación, y de hecho, la responsabilidad está

⁶⁰ *Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos vs. República de Kenia*, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Solicitud No. 006/2012, 26 de mayo de 2017.

⁶¹ En virtud del artículo 14 de la Carta Africana, que establece que: “Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas”.

⁶² En virtud del artículo 17(2) de la Carta Africana, que establece que: “Todo individuo podrá participar libremente en la vida cultural de su comunidad”.

⁶³ Ver nota de pie 56 más arriba.

en "los Estados de justificar por qué las áreas protegidas no consensuales pueden ser estrictamente necesarias dentro de los territorios indígenas".⁶⁴

66. Como tal, para que una restricción esté justificada, el Estado debe demostrar que las actividades o la presencia de los pueblos indígenas en cuestión es, de hecho, una de las principales causas de la degradación ambiental que se pretende remediar con el objetivo de conservación. Si sus actividades no son una causa primaria o principal del daño ambiental que el objetivo de la conservación trata de resolver, entonces las medidas restrictivas en su contra son innecesarias y representan una interferencia injustificada sobre sus derechos humanos. Este punto fue destacado por la Corte Africana en el caso *Ogiek*, que observó:

*130. En el presente caso, la justificación del interés público del Demandado para desalojar a los Ogiek del Bosque Mau ha sido la preservación del ecosistema natural. Sin embargo, **no ha proporcionado ninguna evidencia de que la presencia continua de los Ogiek en el área sea la causa principal del agotamiento del medio ambiente natural en el área. Los diferentes informes preparados por o en colaboración con el Demandado sobre la situación del Bosque Mau también revelan que las principales causas de la degradación ambiental son las invasiones a la tierra por parte de otros grupos y las escisiones gubernamentales para los asentamientos y las concesiones de madera mal aconsejadas. En sus alegatos el Demandado también admite que "la degradación del Bosque Mau no puede asociarse por completo o no se puede asociar al pueblo Ogiek". En este caso, la Corte considera que la continua denegación del acceso y el desalojo del bosque Mau de la población Ogiek no puede ser necesaria o proporcionada para lograr la supuesta justificación de preservar el ecosistema natural del bosque Mau.***

67. Como lo sugiere la decisión de los Ogiek, el Estado debe considerar el impacto de otras actividades, incluso por ejemplo la silvicultura, la expansión agrícola o la minería, que provocan la degradación ambiental, y debería considerar restricciones sobre esas otras actividades antes de imponer restricciones sobre los titulares de los derechos indígenas. En el contexto de San Martín, durante la segunda mitad del siglo XX, las causas principales de la degradación ambiental y la deforestación fueron la agricultura de migración y la construcción de carreteras promovida por el Gobierno peruano, incluido el Proyecto Especial Alto Mayo (PEAM), mientras que en los últimos años, la agricultura comercial, la expansión de la palma de aceite y, en menor medida, la extracción de oro han causado impactos ambientales negativos adicionales.⁶⁵ En contraste, no hay ninguna sugerencia de que las actividades de los pueblos indígenas hayan causado, o estén causando, daños ambientales significativos.

68. Además, incluso cuando existe una cuestión ambiental genuina que pudiera justificar medidas restrictivas sobre el acceso y uso de los pueblos indígenas, las medidas adoptadas deben ser las menos restrictivas que puedan lograr el objetivo buscado. Esto significa que por ejemplo cuando existan preocupaciones relacionadas con especies en peligro de extinción cazadas por pueblos indígenas, generalmente será desproporcionado restringir totalmente el uso y acceso cuando pueden aplicarse unas medidas menos restrictivas (como por ejemplo acuerdos de conservación de especies específicas) que podrían lograr los mismos o similares resultados.

69. En el presente caso, hay que señalar que no existe evidencia de que el uso de su territorio por parte de la Comunidad de Nuevo Lamas haya causado daño ambiental importante. En

⁶⁴ Relatora Especial de los derechos de los pueblos indígenas, citada en Fergus McKay, "Recent Developments", www.corneredbypas.com, <https://www.corneredbypas.com/recent-developments>, consultado 9/11/2018.

⁶⁵ Valqui, M., Feather, C. & R. Espinosa Llanos. 2014. *Haciendo Visible lo Invisible: Perspectivas indígenas sobre la deforestación en la Amazonía peruana*. Lima: AIDSEP & FPP. páginas 101-108.

efecto, el hecho de que las tierras de la Comunidad hayan sido identificadas por el GORESAM para la conservación *prima facie* sugiere lo contrario, que su acceso y uso de su territorio han sido sostenibles. El GORESAM no ha presentado en ningún momento evidencia científica alguna o de otro tipo que justifique las restricciones de acceso y uso impuestas a la Comunidad de Nuevo Lamas, ni se sugiere que el GORESAM haya considerado seriamente la necesidad de (a) la creación del ACR-CE en las tierras de la Comunidad o (b) la necesidad de medidas restrictivas de acceso y uso, sobre cualquier base considerada u objetiva. Más bien, parece ser que las restricciones han sido impuestas de manera automática, de acuerdo con concepciones coloniales obsoletas de áreas protegidas como lugares no utilizados ni tocados por los humanos, en lugar de sitios usados activamente y manejados por comunidades forestales por generaciones.⁶⁶

Proporcionalidad

70. El asunto de la proporcionalidad se relaciona efectivamente con el balance de la importancia de dos intereses públicos: el propósito público para el cual se adoptan las medidas de conservación, y el interés público en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos (y específicamente el respeto de los derechos de los pueblos indígenas). En esencia, reconoce que el goce de los derechos humanos no debe ser restringido a la ligera, y la seriedad de las restricciones adoptadas deben por lo tanto ser proporcionales a la importancia del propósito público que pretende alcanzar. Como tal, para dar un ejemplo extremo, no se consideraría proporcional desalojar miles de pueblos indígenas de sus territorios con el fin de salvar un árbol individual, ya que la ganancia (un árbol salvado) sería desproporcionadamente pequeña en comparación con los serios impactos de la restricción de los derechos territoriales.
71. Es bien reconocido en la jurisprudencia de derechos humanos que los efectos de la negación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas tiene un impacto negativo muy significativo sobre ellos, ya que sus tierras son centrales para su identidad, sus culturas, su libre determinación, y su misma supervivencia como pueblos indígenas. Como lo señaló la Comisión Interamericana en su recopilación de 2010 de la jurisprudencia interamericana en relación con los pueblos indígenas, conocida como *Tierras ancestrales*:

La relación única entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios ha sido ampliamente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 21 de la Convención Americana y el artículo XXIII de la Declaración Americana protegen esta vinculación estrecha que guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, vinculación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales. Según han reiterado la CIDH y la Corte Interamericana, la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos se vincula con la existencia misma de estos pueblos, y por lo tanto “amerita medidas especiales de protección”. La Corte Interamericana ha insistido en que “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”. Para la CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”.⁶⁷

⁶⁶ Para consultar la historia del desarrollo del pensamiento en relación con las áreas protegidas, véase además la actual Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Vicki Tauli-Corpuz, en el *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Vicki Tauli-Corpuz, UN Doc. No. A/71/229.

⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*,

72. Es por esta razón que la reubicación de los pueblos indígenas es considerada como una medida que puede ser tomada únicamente en circunstancias excepcionales, y luego de haber dado su consentimiento libre, previo e informado. Esto puede verse por ejemplo en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que:

(1) *A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.*

(2) *Cuando **excepcionalmente** el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, **sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.** Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. (Énfasis añadido).*

73. Esta misma posición es reiterada por la DNUDPI, cuyo artículo 10 dispone: “[L]os pueblos indígenas no deben ser sacados o trasladados por la fuerza de sus tierras. Si son trasladados, entonces debe ser sólo con su consentimiento libre, previo e informado, lo que significa que tienen el derecho a tomar decisiones sobre un traslado, libremente, sin presión, teniendo toda la información y antes de que cualquier cosa suceda.”

74. Si bien estas disposiciones se refieren a la reubicación, las restricciones importantes sobre el acceso y el uso de las tierras tienen efectos igualmente serios para los pueblos indígenas, lo que significa que tales restricciones están sujetas a una prueba de proporcionalidad particularmente estricta. Esta fue la posición adoptada por la Comisión Africana en el caso *Minority Rights Group International vs Kenia* (el caso *Endorois*),⁶⁸ en el cual la Comisión declara que:

212. La prueba de “interés público” tiene un umbral mucho más alto en el caso de la invasión de tierras indígenas comparada con el caso de la propiedad privada individual. En este sentido, la prueba es mucho más estricta cuando se aplica a los derechos territoriales ancestrales de los pueblos indígenas. En 2005, el Relator Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos hizo hincapié en este punto y publicó la siguiente declaración:

Las limitaciones, si las hay, al derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales deben derivarse únicamente del interés más urgente y convincente del Estado. Pocas limitaciones, si hay alguna, sobre los derechos a los recursos indígenas son apropiadas, porque la propiedad indígena de los recursos está asociada con los derechos humanos más importantes y fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, la alimentación, el derecho a la libre determinación, a la vivienda, y el derecho a existir como una persona.⁶⁹

75. Como lo anotó además la Comisión Africana, “en el punto en que un derecho [de propiedad] se convierte en ilusorio, la limitación no puede ser considerada como proporcional, la limitación se convierte en una violación del derecho”.⁷⁰ Para la Comunidad de Nuevo Lamas, los derechos de acceso y uso provistos por la cesión en uso y el plan de manejo del ACR-CE son tan limitados, y las restricciones sobre el acceso y el uso tradicionales son tan severas, que queda en claro que el Estado peruano no ha tratado sus

2010, párrafo 55 (se omiten las notas de pie de página). (Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>)

⁶⁸ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Republic of Kenya, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso No. 276/2003, 25 de noviembre de 2009. (No disponible en español) (Traducción no oficial)

⁶⁹ Nazila Ghanea and Alexandra Xanthaki (2005) (eds). 'Indigenous Peoples' Right to Land and Natural Resources' in Erica-Irene Daes „Minorities, Peoples and Self-Determination“, Martinus Nijhoff Publishers.

⁷⁰ Párrafo 215. (No disponible en español) (Traducción no oficial)

derechos como derechos en lo absoluto. De hecho, sus derechos se han vuelto ilusorios, y han sido restringidos fuera de toda proporción.

76. La Corte Interamericana ha reconocido además la necesidad de prestar una atención y un cuidado particular a cualquier limitación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, señalando en el caso *Saramaka* que el derecho a la propiedad descrito en el artículo 21 de la Convención Americana puede ser restringido únicamente “bajo circunstancias específicas y excepcionales, particularmente cuando se trata de tierras indígenas o tribales”.⁷¹ Por consiguiente, en el ejercicio de equilibrar los diferentes propósitos públicos, el respeto por los derechos territoriales de los pueblos indígenas debe tener un peso mucho mayor.

B. Condiciones específicas sobre la limitación de los derechos del derecho de propiedad de los pueblos indígenas: “participación efectiva”, estudios del impacto social y ambiental, distribución de beneficios y compensación y consentimiento libre, previo e informado

77. Como se anotó anteriormente, es una obligación del derecho internacional en materia de derechos humanos, aplicable en virtud de la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT, que las actividades o proyectos que afectan a los pueblos indígenas no se lleven a cabo sino con:

1. la participación efectiva de los pueblos indígenas involucrados;
2. la realización de un estudio del impacto ambiental y social; y
3. el pueblo involucrado.⁷²

78. En algunas circunstancias, y como se detalla a continuación, y, según la opinión de la GJC y el FPP en este caso, la participación incluirá el requisito de que las actividades únicamente se lleven a cabo con el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en cuestión, y no solamente la “consulta”. Además, está prohibido imponer medidas que amenacen la supervivencia física y cultural de un pueblo o comunidad indígena. Las siguientes secciones detallan el alcance y la naturaleza de cada una de estas obligaciones, y consideran su aplicación en las circunstancias actuales.

El derecho a la participación efectiva

79. En el Perú, el marco normativo hace referencia a la “consulta previa”.⁷³ De hecho, la norma apropiada a ser aplicada en virtud de la Convención Americana y otros estándares internacionales no es la mera *consulta previa*, sino el derecho a la participación efectiva, tal como lo definió la Corte en el *Pueblo Saramaka* y lo afirmaron repetidamente el Comité de Derechos Humanos y otros.⁷⁴ La Corte fue clara en el caso *Saramaka* de que uno de los elementos necesarios para garantizar la “supervivencia” como pueblo indígena o tribal⁷⁵ es el derecho a la “participación efectiva” en la toma de decisiones en relación con cualquier

⁷¹ Pueblo *Saramaka vs. Surinam*. (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párrafo 49.

⁷² Estos tres requisitos están establecidos en el caso *Saramaka*, párrafo 129.

⁷³ Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

⁷⁴ Para la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, véase *inter alia*, I. Länsman et al vs. Finlandia, Comunicación No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994); *Jouni Lansman et al. vs. Finlandia*, (Comunicación No. 671/1995), CCPR/C/58/D/671/1995; *Apirana Mahuika et al vs. Nueva Zelanda*, (Comunicación No 547/1993) CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000; Sra. *Anni Äärelä y Sr. Jouni Näkkäljärvi vs. Finlandia* (Comunicación No 779/1997) CCPR/C/73/D/779/1997, 7 de noviembre de 2001; y *Ángela Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009.

⁷⁵ La “supervivencia como pueblo indígena” se entiende como “su capacidad para ‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio’ para que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”.

inversión o proyecto⁷⁶ que pueda afectar a territorios de los pueblos indígenas, y que la consulta es únicamente un aspecto de este derecho.⁷⁷ La Corte reiteró su posición en el caso *Xákmok Kásek*.⁷⁸ El respeto de este derecho debe, entre otras cosas, comenzar en las etapas tempranas de un plan o proyecto (ver más adelante); debe llevarse a cabo de conformidad con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas; emprenderse de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo; y debe garantizar que los pueblos indígenas estén conscientes de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y para la salud, para que la actividad se acepte con conocimiento y de forma voluntaria.⁷⁹

80. La Corte Interamericana explicó aún más el contenido del derecho a la participación efectiva en su sentencia de interpretación en el caso del *Pueblo Saramaka* en relación con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a escoger sus propios representantes y la conformidad del proceso con sus costumbres y tradiciones de dichos pueblos en cuestión.⁸⁰ A este respecto, es importante además recordar el *Caso Yatama*, en donde la Corte afirmó que los Estados parte en la Convención Americana deben garantizar que los pueblos indígenas puedan “participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades,... [y puedan] hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización,...”.⁸¹

81. El derecho a la participación efectiva es mucho más que un simple derecho a ser notificado o consultado; en cambio, es un espectro de derechos que deben tener parte en la toma de decisiones, que va desde la consulta y la participación activa en la toma de decisiones, la cual siempre deben llevarse a cabo, hasta el derecho al consentimiento (a darlo o denegarlo), el cual (como se discute más adelante, y como sostiene la Corte) es activado bajo ciertas circunstancias. A este respecto la Corte IDH explicó en el caso *Saramaka* que la naturaleza y el contenido del derecho a la participación efectiva en cualquier situación dada se basa en los intereses en juego en la actividad propuesta.⁸² Además, para que sea “efectiva”, y teniendo en cuenta que se toman decisiones importantes en las etapas de viabilidad y de evaluación del impacto de los proyectos, la participación debe incluir la intervención activa en todos los niveles de la toma de decisiones, incluyendo estudios de factibilidad y evaluaciones del impacto,⁸³ y la modificación de los planes o proyectos cuando sea necesario, basándose en los aportes hechos por los pueblos indígenas.

82. La CIDH caracteriza este último punto, correctamente según la opinión de la GJC y el FPP, como un “deber para acomodar”.⁸⁴ Explica que “el deber de los Estados es el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho.”⁸⁵ Explica más adelante que:

⁷⁶ Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio *Saramaka*, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”.

⁷⁷ *Pueblo Saramaka*, párrafo 129.

⁷⁸ *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Ser C No. 214, párrafo 157 (citando el caso *Saramaka* y declarando que “el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena”).

⁷⁹ *Pueblo Saramaka*, párrafo 133.

⁸⁰ *Pueblo Saramaka vs. Surinam. (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Series C No. 185, párrafo 17-9.

⁸¹ *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de junio de 2005. Series C No. 127, párrafo 225.

⁸² *Pueblo Saramaka*, párrafo 137.

⁸³ *Ver, inter alia, CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párrafo 157.*

⁸⁴ *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrafos 323-25.*

⁸⁵ *Id.* párrafo 324.

El no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial. Desde otra perspectiva, las decisiones relativas a la aprobación de estos planes, que no expresen las razones que justifican la falta de acomodo de los resultados del proceso de consulta, podrían ser consideradas contrarias a las garantías del debido proceso establecidas por los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.⁸⁶

83. El deber de acomodar se encuentra también presente en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos referente a los pueblos indígenas⁸⁷ y la jurisprudencia de varios Estados miembro de la OEA.⁸⁸ La GJC y el FPP consideran que este deber es un componente crucial del derecho a la participación efectiva, y sin el cumplimiento estricto de este deber, la participación no puede considerarse efectiva. Estos principios son igualmente aplicables en virtud del Convenio 169 de la OIT (el cual recibió una consideración detallada por parte de la Corte IDH en el caso *Sarayaku*,⁸⁹ lo que afirmó el caso *Saramaka*).⁹⁰
84. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado además que la consulta debe llevarse a cabo “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad,...”.⁹¹
85. Es de particular importancia señalar que en algunas circunstancias, el derecho a la participación efectiva incluye el derecho a dar o *denegar* el consentimiento a un plan o inversión. En el caso *Saramaka*, la Corte sostuvo que la participación efectiva en relación con (al menos) ciertas actividades, en particular proyectos a gran escala que pueden tener un impacto importante o significativo en los territorios indígenas⁹², requiere que los Estados parte no solo consulten con los pueblos indígenas, sino que también “obtengan su consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones”.⁹³ La Corte explicó además que el impacto acumulativo de los proyectos o inversiones más pequeños existentes y propuestos también puede desencadenar el requisito de que se obtenga el consentimiento.⁹⁴

⁸⁶ *Id.* párrafo 325.

⁸⁷ Ver el caso *Sra. Anni Äärelä y Sr. Jouni Näkkäläjärvi vs. Finlandia*. (Comunicación No 779/1997) CCPR/C/73/D/779/1997, 7 de noviembre de 2001, párrafo 7.6 (afirmando que “los autores de la comunicación y otros grupos clave afectados fueron consultados al elaborar los planes de explotación forestal elaborados por el Servicio de Silvicultura y que éstos fueron parcialmente modificados en respuesta a las críticas de esos círculos.”); y *Apirana Mahuika et al vs. Nueva Zelandia*. (Comunicación No 547/1993) CCPR/C/70/D/547/1993, párrafo 9.6 (observando que “[s]e consultó a las comunidades [Maorí] y a las organizaciones nacionales maoríes y sus propuestas quedaron reflejadas en la solución adoptada.”).

⁸⁸ Ver, *inter alia*, *Nación Haida vs. Columbia Británica (Corte Suprema de Canadá)*, [2004] 3 S.C.R. 511, (en donde el Presidente del tribunal McLachlin, escribiendo para un tribunal unánime, sostuvo que Canadá tiene el “deber de consultar con los pueblos aborígenes y satisfacer sus intereses”).

⁸⁹ *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, CorteIDH, Sentencia del 27 de junio de 2012, Ser C No. 245 (en adelante “**Sarayaku**”).

⁹⁰ *Sarayaku*, párrafo 177ss.

⁹¹ Ver, *inter alia*, *Sarayaku*, párrafo 180. Ver además *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párrafo 14.

⁹² *Id.*

⁹³ *Pueblo Saramaka*, párrafo 134. Ver además párrafo 137 (explicando que el consentimiento es necesario “cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio”).

⁹⁴ *Pueblo Saramaka vs. Surinam. (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Series C No. 185, párrafo 41 (explicando que las evaluaciones del impacto social y ambiental deben abordar “el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales”).

86. La Corte IDH aclaró la norma aplicable en su interpretación de la sentencia de 2008 en *Saramaka*, declarando que:

*... dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.*⁹⁵

87. La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido seguida por el Comité de Derechos Humanos, el cual enfatizó en 2009 que:

*... la permisibilidad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad.*⁹⁶

88. Es especialmente importante observar que el Comité hizo hincapié en que el consentimiento de los pueblos indígenas en este contexto es fundamental para que la participación sea "efectiva" y que este requisito se activa en relación con actividades que "comprometen sustancialmente" y/o "interfieren" con las actividades económicas culturalmente significativas de los pueblos indígenas. La jurisprudencia del Comité ha así evolucionado en consonancia con la jurisprudencia de la Corte y de la DNUDPI para reconocer que la participación efectiva en la toma de decisiones requiere el consentimiento informado de los pueblos indígenas cuando sus derechos territoriales y conexos pueden verse afectados.

89. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también se basó en gran medida en el *Pueblo Saramaka* en su decisión de 2010 en el caso del *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*. Esta decisión establece que "en términos de la consulta, el umbral es especialmente estricto en favor de los pueblos indígenas, ya que también requiere que se otorgue el consentimiento";⁹⁷ y" la Comisión Africana considera que [para] cualquier proyecto de desarrollo o inversión que tenga un impacto importante dentro de territorio de los Endorois, el Estado tiene el deber no solo de consultar con la comunidad, sino también de **obtener su consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones**".⁹⁸ En particular, el desarrollo en cuestión en ese caso era también un proyecto de conservación.

90. Asimismo, el CERD hace énfasis en el derecho de los pueblos indígenas, llevado a cabo a través de sus propios representantes o instituciones libremente identificados,⁹⁹ a dar su

⁹⁵ *Id.* párrafo 17.

⁹⁶ *Ángela Poma vs. Perú*, CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009, párrafo 7.6.

⁹⁷ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya* (febrero 2010), párrafo 226 (énfasis en el original). Disponible en <http://www.minorityrights.org/9587/press-releases/landmark-decision-rules-kenyas-removal-of-indigenous-people-from-ancestral-land-illegal.html>.

⁹⁸ *Id.* párrafo 291 (énfasis añadido).

⁹⁹ *Ver por ejemplo*, "Carta a la Misión Permanente de las Filipinas, acción urgente y procedimiento de alerta temprana", 24 de agosto de 2007, página 2. Disponible en: http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/philippines_letter.pdf (expresando preocupación acerca de la presunta manipulación al derecho al consentimiento relacionado con la creación de una agencia del gobierno de "un organismo sin estatus en la estructura indígena y sin un representante reconocido" por el pueblo

consentimiento previo e informado en general¹⁰⁰ y en relación con actividades específicas, incluyendo: la minería y las operaciones petroleras y de gas,¹⁰¹ la extracción de madera,¹⁰² el establecimiento de las áreas protegidas,¹⁰³ las represas,¹⁰⁴ las plantaciones agroindustriales,¹⁰⁵ la reubicación,¹⁰⁶ las adquisiciones obligatorias,¹⁰⁷ y otras decisiones afectando la situación de los derechos a la tierra.¹⁰⁸

91. El derecho de los pueblos indígenas al consentimiento es parte de la jurisprudencia del CDESC. En 2009, dicho Comité declaró en relación con el derecho a tomar parte en la vida cultural que “la fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.”¹⁰⁹ Continúa diciendo que los Estados parte deben reconocer y respetar los derechos de los pueblos indígenas a “poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales” y a “respetar también el principio del

afectado)(Traducción no oficial).

- ¹⁰⁰ *Ver por ejemplo*, Recomendación General XXIII sobre pueblos indígenas, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sesión 51^o, 18 de agosto de 1997, párrafo 4(d) (explicando que “no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”); y Australia: CERD/C/AUS/CO/14, 14 de abril de 2005, párrafo 11 (recomendando que Australia “tome decisiones relacionadas directamente con los derechos e intereses de los pueblos indígenas obteniendo su consentimiento con conocimiento de causa, como se establece en la Recomendación general N^o XXIII”).
- ¹⁰¹ *Ver por ejemplo*, Guyana: CERD/C/GUY/CO/14, 4 de abril de 2006, párrafo 19 (recomendando a Guyana “que realice evaluaciones de impacto ambiental y que intente obtener el consentimiento informado de las comunidades indígenas afectadas antes de autorizar cualquier operación, minera o de características similares, que pueda suponer una amenaza para el medio ambiente en los lugares habitados por ellas”); Guatemala: CERD/C/GTM/CO/11, 15 de mayo de 2006, párrafo 19; Surinam: Decisión 1(67), CERD/C/DEC/SUR/4, 18 de agosto de 2005, párrafo 3.
- ¹⁰² *Ver por ejemplo* Camboya: CERD/C/304/Add.54, 31 de marzo de 1998, párrafos 13, 19 (señalando que “en muchas decisiones gubernamentales se ha hecho caso omiso de los derechos de las poblaciones indígenas, en particular en materia de ciudadanía y de concesiones para la explotación forestal o los cultivos industriales” y recomendando que Camboya “garantice que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con los derechos e intereses de las poblaciones indígenas sin su consentimiento informado”).
- ¹⁰³ *Ver por ejemplo*, Botsuana: Documento de las Naciones Unidas, A/57/18, 23 de agosto de 2002, párrafos 292-314, (párrafo 304 en relación con la Reserva de Caza del Kalahari Central); y Botsuana: CERD/C/BWA/CO/16, 4 de abril de 2006, párrafo 12.
- ¹⁰⁴ *Ver por ejemplo*, India: CERD/C/IND/CO/19, 5 de mayo de 2007, párrafo 19 (declarando que India “debería obtener el consentimiento fundamentado previo de las comunidades afectadas por la construcción de represas en el noreste, o proyectos similares, en sus tierras tradicionales en todo proceso de decisión relacionado con esos proyectos y proporcionar a esas comunidades una indemnización justa y otras tierras y viviendas”).
- ¹⁰⁵ *Ver por ejemplo* ‘Indonesia’, CERD/C/IDN/CO/3, 15 de agosto de 2007, párrafo 17 (recomendando que Indonesia “debería también garantizar que se celebren verdaderas consultas con las comunidades interesadas a fin de obtener su consentimiento y participación en el plan.”); y Camboya, *supra*, párrafos 13, 19.
- ¹⁰⁶ *Ver por ejemplo* ‘India’, *supra*, párrafo 20 (declarando que el “el Estado Parte debería velar también por que las comunidades tribales no sean expulsadas de sus tierras sin su consentimiento fundamentado previo y sin proporcionarles otras tierras ni otorgarles una indemnización”); Botsuana, *supra*, párrafo 12 (recomendando que el “estado estudie todas las posibles alternativas al desalojo, y d) conseguir el consentimiento previo, libre y con conocimiento de causa, de los individuos y los grupos afectados.”). Ver además Laos: CERD/C/LAO/CO/15, 18 de abril de 2005, párrafo 18.
- ¹⁰⁷ Guyana, *supra*, párrafo 17 (recomendando que Guyana “limite la expropiación de propiedades indígenas a casos en los que sea estrictamente necesaria, tras haberlo consultado con las comunidades afectadas para obtener su consentimiento informado”).
- ¹⁰⁸ Australia, párrafo 16 (recomendando “al Estado Parte que se abstenga de adoptar medidas por las que se eliminen las actuales garantías de los derechos de los indígenas y que antes de tomar decisiones sobre sus derechos a la tierra haga todo lo posible por obtener el consentimiento con conocimiento de causa de los pueblos indígenas”); ‘Estados Unidos de América’, A/56/18, 14 de agosto de 2001, párrafo 380-407, (párrafo 400 en relación con planes para “ampliar las actividades mineras y de depósito de desechos nucleares en tierras ancestrales de los chochones occidentales, mediante la adjudicación de sus tierras en subastas privadas, y otras medidas que afectan a los derechos de los pueblos indígenas.”).
- ¹⁰⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Comentario general No. 21, el derecho de todos a tomar parte en la vida cultural (artículo 15, párrafo. 1 (a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Adoptado en la sesión cuadragésimo-tercera, 2-20 de noviembre de 2009. Documento de las Naciones Unidas. E/C.12/GC/21, 21 de diciembre de 2009, párrafo 36-7.

consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los aspectos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos.”¹¹⁰

92. El CDESC ha defendido de manera enfática el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento como parte del derecho de disponer libremente de la riqueza y recursos naturales protegidos bajo el artículo 1(2) del Pacto. En sus Observaciones finales de 2015 sobre Venezuela, el Comité recomendó que el Estado parte “[t]ome las medidas necesarias para garantizar la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todo lo que respecta a la toma de decisiones susceptible de afectar al ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente en los procesos de concesión de exploración y explotación de recursos mineros e hidrocarburos.”¹¹¹ En relación con Guyana, el Comité expresó su preocupación en relación con “algunas sentencias judiciales recientes que apoyan la realización de actividades mineras sin que se haya obtenido el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas.”¹¹² En 2014, el Comité expresó su preocupación en relación con Guatemala de que “todavía no se proceda a la consulta efectiva y la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones relativos a la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios tradicionales.”¹¹³
93. La importancia fundamental de la participación efectiva de los pueblos indígenas y su derecho al consentimiento libre, previo e informado ha sido igualmente reconocida y resaltada por varios Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el Relator Especial sobre los pueblos indígenas presta mucha atención a estos asuntos en sus informes y comunicaciones. De igual manera, citando al Comité de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación explica que “no se puede cambiar el uso de la tierra de ningún pueblo, y en particular de la tierra de los pueblos indígenas, sin una consulta.”¹¹⁴ Por lo tanto, él recomienda que cualquier cambio en el uso de la tierra solamente puede llevarse a cabo “con el consentimiento libre, previo e informado” y enfatiza que esto es “particularmente importante para las comunidades indígenas, en virtud de la discriminación y marginalización a las que han estado sujetos históricamente.”¹¹⁵
94. Por último, pero no por eso menos importante, el derecho de los pueblos indígenas a participar efectivamente en la toma de decisiones es reconocido en las políticas obligatorias y vinculantes de las instituciones financieras internacionales, las cuales son discutidas y aprobadas por los Estados miembro de las respectivas instituciones. El derecho al consentimiento o a aceptar actividades es reconocido en las políticas de la

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Venezuela: E/C.12/VEN/CO/3, 7 de julio de 2015, párrafo 9.

¹¹² Guyana: E/C.12/GUY/CO/2-4, 28 de octubre de 2015, párrafo 16.

¹¹³ Guatemala: E/C.12/GTM/CO/3, 9 de diciembre de 2014, párrafo 7. Ver además: Tailandia: E/C.12/THA/CO/1-2, 19 de junio de 2015, párrafo 10 (“El Comité recomienda al Estado parte que ... adopte un enfoque basado en los derechos humanos en sus proyectos de desarrollo, así como que establezca mecanismos participativos para asegurar que no se toma ninguna decisión que pueda afectar el acceso a los recursos sin consultar los individuos y comunidades en cuestión, con el fin de buscar su consentimiento libre, previo e informado”)(traducción no oficial); Uganda: E/C.12/UGA/CO/1, 8 de julio de 2015, párrafo 13 (El Comité “[i]nsta al Estado parte a que celebre consultas con los pueblos indígenas para que puedan otorgar su consentimiento libre, previo e informado con respecto a las actividades de desarrollo que tienen repercusiones en el acceso a sus tierras.”).

¹¹⁴ Ver *Large-scale land acquisitions and leases: A set of core principles and measures to address the human rights challenge*. Señor Olivier De Schutter, Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación, 11 de junio de 2009, página 12 (citando al Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Suecia, 7 de mayo de 2009 (CCPR/C/SWE/CO/6), párrafo 20). (Traducción no oficial).

¹¹⁵ *Id.*, párrafos 13-5 (el Relator Especial identifica lo siguiente como uno de los principales principios de los derechos humanos que se puede aplicar dentro de este contexto: “A los pueblos indígenas se les han otorgado formas específicas de protección de sus derechos sobre la tierra bajo la ley internacional. Los Estados deberían consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas en cuestión con el fin de obtener su consentimiento libre e informado previamente a la aprobación de cualquier proyecto afectando sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en conexión con el desarrollo, la utilización o la explotación de minerales, agua y otros recursos”)(Traducción no oficial).

Corporación Financiera Internacional, la rama del sector privado del Grupo del Banco Mundial que financia actividades corporativas, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo.¹¹⁶ Además, dicho derecho es una característica prominente de la política sobre los pueblos indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que se aplica a las actividades de las agencias especializadas, a los programas y a los fondos de las Naciones Unidas.¹¹⁷

95. Si bien la lista anterior puede expandirse aún más, es suficiente con decir que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la participación efectiva y el derecho al consentimiento libre, previo e informado está bien reflejada en la jurisprudencia de la gran mayoría de órganos y mecanismos intergubernamentales de derechos humanos. También se incorpora a instrumentos de política de desarrollo intergubernamentales vinculantes que se aplican a la gran mayoría de la asistencia internacional para el desarrollo, incluso en el ámbito del sector privado. Por lo tanto, este derecho ha sido reconocido como crucialmente importante en el marco más amplio sobre los pueblos indígenas y se considera que está inextricablemente conectado con el ejercicio de una serie de otros derechos. Por lo tanto, la GJC y el FPP instan a la Corte de San Martín a reafirmar la aplicabilidad de este derecho en virtud de la Constitución peruana y profundizar en las modalidades de su implementación.
96. En el presente caso, las violaciones del derecho a la propiedad conllevan consecuencias graves para la supervivencia física y cultural de la Comunidad de Nuevo Lamas y el pueblo Kichwa en general. Como se establece en el proceso constitucional de amparo y sus documentos adjuntos, el territorio de la Comunidad de Nuevo Lamas, y sus recursos naturales, siguen siendo la piedra angular de los medios de vida y la cultura del pueblo Kichwa, que ahora se encuentran amenazados por las importantes restricciones de acceso y uso impuestas por el ACR-CE y el contrato de *cesión en uso*. Como señaló la Corte Interamericana en el caso *Cacarica*:

*“La conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, está protegida por el artículo 21 de la Convención. Ello, para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. La falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales, acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales. Eso puede exponerlos a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema”.*¹¹⁸

97. En estas circunstancias, existen motivos sólidos para apoyar la posición de que la falta de titulación del territorio tradicional de la Comunidad Nuevo Lamas en su totalidad, así como las restricciones sobre su utilización impuestas por el contrato de *cesión en uso* y los requisitos de la ACR-CE - teniendo en cuenta que la falta de títulos y las restricciones de uso cubren más del 98% del territorio tradicional de la Comunidad - amenazan la supervivencia física y cultural de la Comunidad de Nuevo Lamas y que, como resultado, el

¹¹⁶ Ver BERD, “Política ambiental y social” (Londres, 12 de mayo de 2008); Banco Interamericano de Desarrollo, “Política Operacional 7-65 sobre Pueblos Indígenas” (22 de febrero de 2006); Banco Asiático de Desarrollo, “Declaración de la Política de Salvaguardia” (Manila, junio de 2009); y Corporación Financiera Internacional, “Normas de desempeño y notas de orientación 7: Pueblos indígenas” (12 de mayo de 2011).

¹¹⁷ Ver: *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo*, mayo de 2008.

¹¹⁸ *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. CorteIDH. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Ser C No. 270, párrafo 354.

consentimiento, libre, previo e informado de la comunidad debería haberse solicitado antes de la creación del ACR-CE.

La obligación de realizar una Evaluación del Impacto Social y Ambiental

98. En el caso *Saramaka*, la Corte IDH también declaró que la realización de evaluaciones previas del impacto social y ambiental (“EISA”) forma parte de las condiciones necesarias para garantizar la supervivencia como pueblo indígena o tribal.¹¹⁹ La Corte IDH declara que “el objetivo de los EISA no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también... ‘asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria’.”¹²⁰ Por consiguiente, la Corte Interamericana vincula la EISA previa a la obligación del Estado de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones acerca de las actividades que podrían afectar sus territorios.¹²¹ La Corte Interamericana además ratifica el derecho de los pueblos indígenas a la participación efectiva en el proceso de la EISA en sí, desde su inicio y a través de su revisión y las etapas relacionadas.¹²² Es importante señalar que la Corte IDH explica además que uno de los factores que debe tratar la EISA es el “impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales.”¹²³
99. Además, para ser coherentes con el enfoque de la Corte en *Saramaka* (afirmado en los casos *Sarayaku*¹²⁴ y de los *Pueblos Kaliña y Lokono*¹²⁵), las EISA deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo Saramaka.”¹²⁶ La nota de pie asociada afirma que “[u]no de los más completos y utilizados estándares para la EISA en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como [*Akwé: Kon: Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales*]”.¹²⁷ Las *Directrices Akwé:Kon* fueron desarrolladas por los Estados Parte en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, un convenio vigente para Perú, para facilitar “el desarrollo y aplicación de sus regímenes de evaluación de impactos”.¹²⁸ Las directrices deben tenerse en cuenta “siempre que se propongan proyectos de desarrollo que hayan de realizarse, o que probablemente

¹¹⁹ *Pueblo Saramaka*, párrafo 129. La obligación bajo el Convenio 169 de la OIT de involucrar a los pueblos indígenas en los estudios ambientales, que una vez más deben ser realizados en las etapas tempranas, ha sido además señalada por el Consejo de Administración de la OIT; ver el Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 2001, párrafo 90.

¹²⁰ *Pueblo Saramaka*, párrafo 40.

¹²¹ *Id.* párrafo 41.

¹²² *Pueblos Kaliña y Lokono*, párrafo 213. Ver además párrafo 216 (en donde la Corte constata que el estudio de evaluación del impacto no ha sido cumplido en parte porque “el primer estudio fue realizado en el año 2005, ocho años más tarde del inicio de la extracción y aquel no contó con la participación de los Pueblos Kaliña y Lokono antes de su adopción...”).

¹²³ *Pueblo Saramaka*, párrafos 40-41.

¹²⁴ *Saramaka*, párrafo 206.

¹²⁵ *Pueblos Kaliña y Lokono*, párrafo 215. En los *Pueblos Kaliña y Lokono Peoples*, la concesión minera fue otorgada antes de que Surinam aceptara la jurisdicción de la Corte, pero las actividades de explotación minera comenzaron únicamente después de que la jurisdicción hubiera sido aceptada. En consecuencia, la Corte no se consideró competente para revisar las acciones que se tomaron antes de la otorgación de la concesión minera, y en el caso particular consideró únicamente si surgió alguna obligación en relación con una EISA antes de las actividades de explotación (ver párrafo 215), y reiteró el principio de que una EISA debe llevarse a cabo antes de otorgar cualquier concesión (párrafo 214).

¹²⁶ *Id.* (nota de pie omitida).

¹²⁷ Ver: <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>.

¹²⁸ *Id.* página 5, párrafo 1.

repercutan en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas por las comunidades indígenas y locales”.¹²⁹

100. Pertinente al caso presente, notamos en particular las siguientes disposiciones de las Directrices Akwé:Kon:

- En virtud del artículo 11, la notificación de la propuesta de desarrollo y de evaluación del impacto, con todos los detalles pertinentes a la propuesta, deben ser proporcionados a las organizaciones que representan a los pueblos indígenas con suficiente tiempo para permitir que las comunidades indígenas afectadas preparen una respuesta.
- En virtud del artículo 12, las comunidades indígenas deben ser invitadas a participar, y se les debe otorgar el respeto pleno en todas las etapas del proceso de evaluación y desarrollo, incluidas la de planeación e implementación.
- En virtud de los artículos 28 a 34, las propuestas de desarrollo deben ser evaluadas para determinar posibles impactos en, *inter alia*, el uso consuetudinario de la diversidad biológica, el conocimiento tradicional, los sitios sagrados y las actividades rituales o ceremoniales; el respeto a la necesidad de intimidad cultural, y el ejercicio del derecho consuetudinario.
- En virtud del artículo 35, la legislación y procesos nacionales existentes sobre las evaluaciones de impacto ambiental “deben respetar los derechos de propiedad de la tierra y de tratados, inherentes y existentes así como los derechos legalmente establecidos de las comunidades indígenas y locales.”

101. Además, la Corte ha puesto en claro que una evaluación tal debe realizarse *antes* de otorgar cualquier concesión (o, en el caso presente, antes de la creación de un área protegida).¹³⁰ Asimismo, el requisito de participación directa de los pueblos indígenas en las evaluaciones del impacto está expresamente contenido en el artículo 7(3)¹³¹ del Convenio 169 de la OIT, y también es resaltado por varios órganos de tratados de la ONU.¹³² Como se anotó anteriormente, la EISA está íntimamente vinculada al proceso de participación efectiva, en parte porque proporciona información crítica que permite al pueblo Kichwa entender el alcance y la naturaleza de las actividades propuestas y sus riesgos y beneficios, incluyendo los posibles riesgos ambientales y para la salud. Sin la realización de una EISA fue imposible llevar a cabo un proceso de consulta legítimo.

102. En el caso presente, tenemos entendido que no se llevó a cabo una evaluación del impacto social y ambiental, y ciertamente no una que cumpliera con las directrices internacionales en materia de evaluación de los impactos culturales.

Distribución de beneficios equitativa y compensación

103. En virtud de los términos en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existe un requisito específico de que debe otorgarse una compensación por

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Kaliña y Lokono, párrafo 214. Ver además *Saramaka*, párrafo 129; *Sarayaku*, párrafo 205.

¹³¹ El Convenio 169 de la OIT, artículo 7(3) dispone que: “Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

¹³² Ver, por ejemplo, Surinam, CERD/C/SUR/CO/13-15, 25 de septiembre de 2015, párrafo 26 (*El Comité insta al Estado parte a que obtenga el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras. Además, le recomienda que se asegure de llevar a cabo evaluaciones adecuadas del impacto cultural, ambiental y social en colaboración con los pueblos interesados antes de que se otorguen concesiones o se planifiquen actividades...*); y Níger, CERD/C/NER/CO/15-21, 25 de septiembre de 2015, párrafo 19 (recomendando a Níger “que establezca una moratoria sobre los proyectos respecto de los cuales no se hayan encomendado o realizado en forma independiente estudios de los efectos sobre los derechos humanos...”).

cualquier tierra que haya sido expropiada de su propietario. En particular, el artículo 21(2) dispone que:

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. [Énfasis añadido]

104. A pesar de este requisito, y del hecho de que el Estado no titulara más del 98% del territorio reclamado por la Comunidad de Nuevo Lamas, y de la imposición de severas restricciones en el uso por parte de la Comunidad de estas áreas sin titulación, no se ha ofrecido una compensación a la Comunidad de Nuevo Lamas.

105. De manera más general, un requisito adicional que se deriva del derecho a la propiedad, y que está ligado al derecho a la participación efectiva, es la obligación del Estado de asegurar que los pueblos indígenas reciban una participación equitativa en la distribución de los beneficios derivados de cualquier actividad que se haya realizado en sus territorios consuetudinarios. Este requisito fue establecido en *Saramaka*, y ha sido afirmado en muchos otros casos, incluyendo el reciente caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono*. En ese caso, la Corte señaló que:

Al considerar los planes de desarrollo dentro de los territorios de los pueblos indígenas y tribales, el Estado debe compartir razonablemente los beneficios del proyecto en cuestión, de ser el caso. Dicho concepto es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención [Americana], el cual se extiende no sólo, por ejemplo, a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad.¹³³

106. La participación en los beneficios de las actividades de exploración y explotación está anticipada de manera explícita por el Convenio 169 de la OIT, artículo 15(2), y el Consejo Administrativo de la OIT ha reconocido, en respuesta a una representación por medio de la cual se alega el incumplimiento por parte de Colombia de las disposiciones de la Convención, que las consultas deben llevarse a cabo para determinar la distribución apropiada de los beneficios.¹³⁴ Asimismo, este derecho a participar en los beneficios puede ser encontrado también en la Décima disposición final del reglamento de la Ley de Consulta Previa.¹³⁵ Este requisito ha sido además recalcado por otros órganos de tratados, como el CERD, que en una recomendación a Ecuador sobre sus operaciones petroleras que afectan a los pueblos indígenas declaró que “con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación.”¹³⁶

V. Libre determinación y el derecho a controlar eficazmente el territorio tradicional

¹³³ *Kaliña y Lokono*, párrafo 227.

¹³⁴ Consejo Administrativo de la OIT, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 2001, párrafo 91.

¹³⁵ La Décima disposición de la Ley N° 29785 establece: “Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.”

¹³⁶ Ecuador: 21/03/2003, CERD/C/62/CO/2, párrafo 16.

107. Una cuestión que es subyacente a las violaciones de los derechos del pueblo Kichwa a sus tierras consuetudinarias, y que a la vez se deriva de dichas violaciones, es el grave efecto negativo de la falta de reconocimiento de sus territorios consuetudinarios, y la emisión de concesiones a terceros sobre estos territorios, sobre los derechos a la libre determinación de los Kichwa, sobre su capacidad para controlar de manera efectiva sus territorios, y sobre su integridad cultural. Como se señaló anteriormente, el CDESC ha hecho hincapié en la interconexión de estos derechos, incluso mediante la afirmación reiterada de las obligaciones del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en relación con el artículo 1(2) del Pacto, que garantiza el derecho de disponer libremente de la riqueza y de los recursos naturales. Como se discute más adelante en el párrafo 69, la Corte Interamericana destaca además que esto es interdependiente con el derecho de los pueblos indígenas a “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural”.

108. La Corte Interamericana ha reconocido la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, la importancia de la tierra para su supervivencia cultural, y las obligaciones a las que esto da lugar. En el caso *Awas Tingni*, la Corte IDH declaró que:

*Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.*¹³⁷

109. La Corte Interamericana en el caso *Saramaka* destacó el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la libre determinación, en virtud del cual pueden “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”, y cómo interactúa este derecho con su propiedad, y se relaciona con ella y otros derechos garantizados en virtud de la Convención Americana.¹³⁸ Esto fue reiterado por la Corte Interamericana en el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono*, en el que señaló que el CDESC ha interpretado el artículo 1 común como aplicable a los pueblos indígenas. La Corte IDH declaró:

*Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos.*¹³⁹

¹³⁷ *Awas Tingni*, párrafo 149.

¹³⁸ *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrafo 93. Ver además *Pueblo Sarayaku*, párrafos 171 y 305 (en donde la Corte discute las medidas para “reparar el daño causado al Pueblo Sarayaku, particularmente por medio de la violación de sus derechos a la libre determinación, la identidad cultural y la consulta previa...”); *Xákmok Kásek*, párrafo 255 (cuyo fallo dice que “...si bien dichos hechos constituyen obstáculos para la titulación de las tierras, así como afectaciones a la autodeterminación de la Comunidad Xákmok Kásek...”); *Caso de Chitay Nech et al vs. Guatemala*, CorteIDH. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párrafo 113 (encontrando que la representación directa de los pueblos indígenas, a través de sus representantes y/o instituciones con el mandato, es “un prerrequisito necesario” para el ejercicio de su derecho a la libre determinación y, por extensión, su derecho a proveer libremente su desarrollo económico, social y cultural “dentro de un Estado plural y democrático”); *Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. CorteIDH. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párrafo 160 (citando el derecho a la libre determinación y otras normas internacionales).

¹³⁹ *Pueblos Kaliña y Lokono*, párrafo 122. La GJC y el FPP observan además que el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT también declara que la aplicación de la Convención no debería afectar negativamente los derechos y

110. La Corte IDH hizo referencia de manera similar al artículo 27 del PIDCP, y la protección especial que da al goce de su cultura por parte de los pueblos indígenas, que consiste en su forma de vida asociada con el territorio y el uso de los recursos,¹⁴⁰ y observó que apoyaba una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de “exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente”.¹⁴¹
111. Los derechos a la libre determinación y a la búsqueda libre del desarrollo social, económico y cultural están también garantizados en virtud del Convenio 169 de la OIT, y en particular mediante el artículo 5 (el cual establece que los valores sociales, culturales, religiosos y espirituales de los pueblos indígenas y tribales serán reconocidos y protegidos, y que la integridad de sus valores, prácticas e instituciones debe ser respetada); el artículo 6(c) (que obliga a los Estados a establecer los medios para las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas y tribales); el artículo 7 (el cual establece que los pueblos tienen el derecho a determinar sus propias prioridades para el procesos de desarrollo y el ejercicio de su control, hasta donde sea posible, sobre su propio desarrollo económico, social y cultural) y el artículo 8(c) (que dispone que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de conservar sus propias costumbres e instituciones). También se reflejan, entre otros, en los artículos 3, 4, 5, 11, 20, 23 y 26 de la DNUDPI. La interconexión de estos derechos ha sido enfatizada por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, el cual explica que la “participación en la adopción de decisiones también tiene una relación clara con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en particular el derecho a la autonomía o el autogobierno, y con la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas en los asuntos que puedan afectarlos, sobre la base del principio del consentimiento libre, previo e informado.”¹⁴² Estas obligaciones surgen igualmente en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. En sus observaciones finales sobre Costa Rica, el CERD recomendó que “a la luz de su recomendación general núm. 21 (1996), relativa al derecho a la libre determinación, y del Convenio núm. 169 de la OIT, que se reconozca a las autoridades e instituciones representativas de los pueblos indígenas de manera conforme a su derecho a la libre determinación en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.”¹⁴³
112. En *Saramaka*, la Corte observó que el marco legal de Surinam era incompatible con el artículo 21 de la Convención porque “no le garantiza [a los Saramaka] el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa”.¹⁴⁴ De ello se deduce que, de conformidad con el artículo 21, los Estados tienen la obligación de garantizar, respetar y proteger el derecho de los pueblos indígenas y tribales a controlar efectivamente sus territorios sin interferencias externas, incluso determinando libremente la mejor manera de utilizar ese territorio para su desarrollo económico, social y cultural. Coherente con la lectura conjunta del artículo 21 y el derecho a la libre determinación, la Corte en el caso *Saramaka* ordenó de manera explícita que el reconocimiento legislativo de los derechos territoriales de dicho pueblo debe incluir medidas que reconozcan su derecho a “administrar, distribuir y controlar efectivamente

beneficios de los pueblos interesados en relación con otros instrumentos internacionales, con el corolario de que el Convenio 169 de la OIT debe interpretarse de una manera que sea consistente con las obligaciones de Colombia en virtud de otros instrumentos internacionales.

¹⁴⁰ Ver más en párrafos 26 y ss arriba.

¹⁴¹ *Pueblos Kaliña y Lokono*, párrafo 124.

¹⁴² Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010, párrafo 5.

¹⁴³ Costa Rica: CERD/C/CRI/CO/19-22, 25 de septiembre de 2015, párrafo 26.

¹⁴⁴ *Pueblo Saramaka*, párrafo 115.

dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal...”.¹⁴⁵

113. La sentencia de la Corte Interamericana en *Yakye Axa* es también relevante, y apoya la jurisprudencia de la Corte en *Saramaka*. De allí la Corte IDH inequívocamente iguala el control sobre el territorio con la sobrevivencia de los pueblos indígenas, el desarrollo y la lucha por lograr sus aspiraciones.¹⁴⁶ En ese caso, la Corte IDH señala que “los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.”¹⁴⁷
114. En el presente caso, la imposición sobre el territorio de la Comunidad de Nuevo Lamas de un área de conservación que conlleva restricciones significativas en su acceso y uso está teniendo impactos importantes y perjudiciales no solamente sobre los derechos de propiedad como tales, sino también sobre el derecho del pueblo Kichwa a la libre determinación. El pueblo Kichwa, y la Comunidad de Nuevo Lamas tienen sus propias tradiciones. La falta de reconocimiento y respeto de su titularidad y el control efectivo de sus territorios priva a la Comunidad de Nuevo Lamas de un territorio real y, por lo tanto, destruye sus estructuras de gobierno interno, lo que vulnera de manera significativa el derecho de los Kichwa a la libre determinación.

VI. Conclusión

115. La GJC y el FPP consideran que el caso ante esta Corte plantea una serie de cuestiones de principio en relación con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en el Perú, los cuales están protegidos por la Constitución, el derecho interno y los instrumentos internacionales. Este informe de *amicus* ha identificado varias brechas e inconsistencias en el Perú entre las leyes nacionales y la práctica del Estado, por un lado, y los derechos de los pueblos indígenas protegidos a nivel internacional y constitucional, por el otro. Este caso representa una oportunidad para la Corte de pronunciarse sobre varios puntos críticos que permanecen ambiguos y que actualmente se están aplicando de manera perjudicial para los pueblos indígenas, en particular:

- 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 compatibilizar y armonizar 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

¹⁴⁵ *Id.* párrafo 194 y 214(7). Ver además, DNU DPI, artículo 26(2) (disponiendo que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”).

¹⁴⁶ Ver además Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n° 75/02, Caso 11.140. *Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párrafo 128 (observando que: “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”).

¹⁴⁷ *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005 Series C N° 125, párrafo 146.

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.

- 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.

116. La GJC y el FPP consideran también que en este caso específico sería apropiado que la Corte ordene que:

- (a) El Estado debe emprender la delimitación, demarcación y titulación de la totalidad del territorio consuetudinario de la Comunidad de Nuevo Lamas.
- (b) La cesión en uso y otras restricciones sobre el acceso y el uso impuestas por el plan de manejo del ACR-CE (y cualquier plan futuro que no obtenga el consentimiento libre, previo e informado de la Comunidad de Nuevo Lamas) son ilegales, y deben ser inaplicables en relación con cualquier miembro de la Comunidad de Nuevo Lamas.
- (c) El GORESAM y la administración del ACR-CE deben entablar consultas con la Comunidad de Nuevo Lamas (y otras comunidades indígenas afectadas), con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre el futuro del ACR-CE en sus territorios. Estas consultas deben incluir cuestiones, entre otras, como si el ACR-CE debe seguir existiendo en su territorio y si la Comunidad está de acuerdo con su continuación: los términos de esta continuación (incluso los términos financieros); los términos de su manejo futuro, incluyendo las posibilidades de un manejo conjunto o exclusivo por parte de la Comunidad de Nuevo Lamas (y otras comunidades indígenas afectadas); cualquier restricción al acceso o al uso que pueda ser acordada a terceros y a la Comunidad de Nuevo Lamas dentro del territorio.
- (d) No se lleven a cabo más proyectos en el territorio de la Comunidad de Nuevo Lamas sin su participación efectiva, sin que se haya realizado un estudio del impacto social y ambiental, sin que obtengan un beneficio razonable derivado de estos proyectos, y sin su consentimiento libre, previo e informado de la Comunidad de Nuevo Lamas.

117. Queremos agradecer sinceramente a la Corte por la oportunidad de presentar este informe de *amicus*, y esperamos que la Corte tomará esta oportunidad no solamente para defender los derechos humanos internacionalmente protegidos del pueblo Kichwa y otros pueblos indígenas del Perú, sino para garantizar la protección del patrimonio natural y cultural del Perú para sus futuras generaciones.