

LÍMITES DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL CASO DE LOS NÓMADAS TRANSFRONTERIZOS DE LA AMAZONÍA PERUANO-BRASILEÑA

LIMITES DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS E O CASO DOS NÔMADES TRANSFRONTEIRIÇOS NA AMAZÔNIA PERUANO-BRASILEIRA

BOUNDARIES OF INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS AND THE CASE OF TRANSBORDER NOMADS IN THE PERUVIAN-BRAZILIAN AMAZON

Guido César Aguila Grados¹

RESUMÉN:

Contextualización del tema: ¿Qué situación legal tienen específicamente los “pueblos indígenas en aislamiento” y en “zona de frontera”? Esta es la pregunta principal del presente texto y, para responderla, enfocaremos nuestros esfuerzos en analizar como ejemplo la situación legal de estos grupos en la zona de frontera Perú-Brasil. Al respecto, intentaremos dar un diagnóstico sobre su situación legal.

Objetivo: Ahora, debe indicarse sobre esto último, que nuestro objetivo no es proponer una regulación normativa binacional, lo cual requeriría la revisión de la situación de las poblaciones indígenas en la zona de frontera de forma directa (acercándonos a los límites de la sociología del Derecho). Nuestro objetivo en el presente artículo, por el contrario, es efectuar un diagnóstico sobre la situación de la población indígena aislada en la frontera Perú-Brasil; lo cual requiere en primer término determinar la “situación legal” que podría existir y ser aplicable a esos grupos.

Metodología: para el desarrollo de esta investigación se utilizó el método inductivo, operacionalizado por las técnicas de concepto operacional de la investigación bibliográfica.

Resultado: Los resultados de la investigación serán de utilidad en los próximos años, especialmente considerando que Perú y Brasil ya están abordando el tema conjuntamente y trabajando en una cooperación interinstitucional para proteger los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial.

Palabras clave: Pueblos indígenas; Amazônia; Frontera Perú-Brasil.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) de Santa Catarina, Brasil; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante UA (España) & por la Università Degli Studi di Palermo (Italia). Docente Visitante en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Universidad Católica de Asunción (Paraguay); Universidad Libre de Derecho (Costa Rica); Universidad UNIVALI (Brasil). He brindado conferencias de mi especialidad en todos los departamentos del Perú y en Italia, EEUU, México, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Bolivia, Brasil. Chile & Argentina. Actualmente ejerzo la docencia en forma exclusivo en la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL

RESUMO:

Contextualização do tema: Qual é a situação legal específica dos povos indígenas em isolamento na chamada zona de fronteira? Essa é a pergunta principal deste texto e, para respondê-la, focalizaremos nossos esforços em analisar como exemplo a situação legal desses grupos na zona de fronteira entre o Peru e o Brasil.

Objetivo: Deve ser destacado que nosso objetivo não é propor uma regulamentação normativa binacional, o que exigiria uma revisão direta da situação das populações indígenas na zona de fronteira (aproximando-se dos limites da sociologia do Direito). Pelo contrário, o objetivo deste artigo é realizar um diagnóstico da situação da população indígena isolada na fronteira Peru-Brasil; para isso, é necessário, em primeiro lugar, determinar a "situação legal" que poderia existir e ser aplicável a esses grupos.

Metodologia: Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizou-se o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceito operacional da pesquisa bibliográfica.

Resultado: Os resultados da pesquisa serão úteis nos próximos anos, especialmente considerando que o Peru e o Brasil já estão abordando o tema conjuntamente e trabalhando em uma cooperação interinstitucional para proteger os direitos dos povos indígenas em situação de isolamento e contato inicial.

Palavras-chave: Povos indígenas; Amazônia, Fronteira Perú-Brasil.

ABSTRACT:

Contextualization: What is the specific legal situation of "pueblos indígenas en aislamiento" (indigenous peoples in isolation) and in "zona de frontera" (border areas)? This is the main question of this text, and to answer it, we will focus our efforts on analyzing as an example the legal situation of these groups in the Peru-Brazil border area. In this regard, we will attempt to diagnose their legal situation.

Objective: It must be noted that our objective is not to propose a binational normative regulation, which would require a direct review of the situation of indigenous populations in the border area (approaching the boundaries of the sociology of law). On the contrary, the objective of this article is to conduct a diagnosis of the situation of isolated indigenous population in the Peru-Brazil border; this first requires determining the "legal situation" that could exist and be applicable to these groups.

Methodology: For the development of this research, we used the inductive method, operationalized by the techniques of operational concept of bibliographic research.

Result: The results of the research will be useful in the coming years, especially considering that Peru and Brazil are already jointly addressing the issue and working on interinstitutional cooperation to protect the rights of indigenous peoples in situations of isolation and initial contact.

Keywords: Indigenous People; Amazon; Peru-Brazil border

1. LÍMITES DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1.1 La jurisprudencia nacional e internacional respecto al acceso a tierras de los pueblos indígenas

¿Qué avances se han efectuado respecto al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y cómo estos avances son relevantes para los pueblos indígenas móviles? Para responder esta interrogante, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia surgida en esta materia ha tenido por finalidad inicial reconocer el derecho de los pueblos indígenas, aun cuando los mismos no se encuentren en posesión de sus territorios. En parte, las razones por las que las sentencias que veremos a continuación fueron expedidas se dieron por la necesidad de dar contenido cultural al derecho de tierra convencional cuando se está frente a un caso relativo a pueblos indígenas. Y es que, para estos grupos, la propiedad que detentan ancestralmente no guarda equivalencia a un valor económico simple, razón por la cual su apropiación no es pasible de indemnización, pues presenta valores religiosos y culturales no calculables económicamente.

En ese sentido, las primeras conquistas se dieron sobre la base de la siguiente interrogante: ¿En caso un grupo indígena no estuviese en posesión de sus territorios ancestrales; cómo puede éste demostrar su propiedad? La respuesta de esto la encontramos en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 2003, caso que involucró la denuncia efectuada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) por la supuesta vulneración de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, entre otros, por el uso de tóxico en sus territorios, en el contexto de la lucha antidrogas.

La Corte Constitucional de Ecuador, en el caso que involucró la demanda de inconstitucionalidad contra la norma de minería de 2010, respondería en su cuestionamiento 7 (respecto al derecho territorial de los pueblos indígenas) lo siguiente:

7. ¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos de territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a la luz de la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos? (...) en opinión de esta Corte, de acuerdo con el nuevo texto constitucional, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte obligado del Estado para respetar tal diferencia. **En ese sentido, es importante destacar que para los pueblos indígenas el arraigo hacia su territorio adquiere una connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos, en donde exclusivamente se tornan justiciables en la medida en que garanticen otro derecho, como, por ejemplo, la propiedad privada.**² (Énfasis agregado)

Por su parte, en Perú, el C, en su sentencia del Caso Gonzalo Tuanama Tuanama del 2010, concluiría que:

(...) es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas (...) **Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad (...)** **De tal manera, frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas,** puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. (...) ³ (Énfasis agregado)

Estas sentencias provenientes de países que forman parte del SIDH no causa gran sorpresa, pues se encuentran enmarcados en la corriente de reconocimiento a favor de los pueblos indígenas a sus tierras, por el que se relativizan los criterios hasta poco incuestionables por el que se entendía que los territorios se vinculaban al ser humano solo mediante una relación exclusiva de propiedad patrimonial a través de la titulación. Las decisiones jurisprudenciales nacionales aludidas han tenido pues un contexto

² ECUADOR. Corte Constitucional. Sentencia nº 001-10-SIN-CC casos nº 0008-09-IN Y 0011-09-IN. Quito de 2010. **Sentencia.** Quito, 18 mar. 2010. Disponible em: <https://pdfslide.tips/documents/quito-d-m-18-de-marzo-del-2010-sentencia-n-001-10-dr-roberto-bhrunis-lemarie.html?page=1>. Acceso em: 01 jan. 2023.

³ PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 0022-2009-PI/TC. Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Relator: Vergara Gotelli. Lima de 2010. **Sentencia.** Lima, Disponible em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>. Acceso em: 01 jan. 2023.

especial; en el contexto de maduración de los derechos del Convenio 169 de la OIT, el surgimiento de la DNUDPI y, en especial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en esta materia.

Esto último es la más influyente, pues, sería la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien influenció a los tribunales constitucionales latinoamericanos al ofrecer jurisprudencia detallada respecto a las formas por las cuales se reinterpreta el derecho de los indígenas a sus tierras. Aún más, las sentencias ofrecidas por la Corte Interamericana constituyen aun los fallos más avanzados respecto a la determinación del derecho de los pueblos indígenas a sus territorios.

1.2 La jurisprudencia nacional e internacional respecto al derecho ambiental de los pueblos indígenas

El derecho de los pueblos indígenas a un medio ambiente equilibrado, a su salud, alimentación, participación política, obtención de recursos naturales y derecho a sus tierras, se encuentran íntimamente vinculados. Por ello, los reconocimientos legales efectuados en esta materia han llevado a que los Estados reconozcan una suerte de limitación a su capacidad de promover el desarrollo de la sociedad dominante. En ese sentido, la dialéctica entre la protección del medio ambiente y el desarrollo de proyectos de inversión, amparado por los Estados, crearán figuras y reconocimientos especiales, que los Estados deberán de cumplir, entre ellos la obligación de que se ejecuten estudios ambientales previos y que se realicen consultas a las comunidades indígenas.

Esta vinculación compleja del derecho del medio ambiente de los pueblos indígenas y los derechos a la participación, recursos naturales, entre otros, ya se encuentra en las sentencias de los tribunales constitucionales, supremos e internacionales en diferentes partes del mundo. Pero primero debe, mencionarse un momento decisivo en el que se reconocería que los individuos en general (y los de comunidades tribales en específico) tienen el derecho a un medio ambiente equilibrado y, por tanto, a que el Estado asegure la realización de estudios ambientales antes de la puesta en marcha de proyectos extractivos. Esto lo podemos encontrar en la sentencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos, en el caso Ogoni resuelto en 2001. En aquella ocasión, la Comisión Africana de Derechos Humanos resolvería un caso que involucraba la puesta en marcha de actividades petroleras en territorio del Pueblo Ogoni, lo cual conllevó a la destrucción

de su medio ambiente, entre otros daños.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú aprovecharía en el Caso Bustamante Johnson –caso que involucró la interposición de un recurso de agravio constitucional por supuestas violaciones al derecho al medio ambiente equilibrado y salud dada la ejecución de actividades de hidrocarburos en la selva peruana– para señalar, respecto al vínculo entre el derecho al medio ambiente, participación, salud, entre otros. Se advierte que, la jurisprudencia nacional en la materia va dirigida a vincular el derecho de participación de los pueblos indígena con su derecho al medio ambiente. Y, es que: ¿Cómo puede una comunidad indígena determinar si su medio ambiente será afectado si es que no se consulta su opinión y por lo tanto se comparte con ellos la información del estudio sobre la materia? Si no fuese parte del proceso de consulta, entonces solo podría enterarse una vez iniciada las actividades del proyecto con efectos irreversibles para estas poblaciones. Por ello, el derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas implica el derecho de participación y a la consulta, sin el cual el primero solo sería un derecho formal, efectivo solo para el resarcimiento de daños y no para prevenir su afectación.

Conjuntamente a ese derecho de consulta, surgiría un derecho, aún más específico como es el derecho de los pueblos indígenas a que, antes de que se inicie un proyecto en sus tierras (o cerca de ellos) el Estado requiera un estudio ambiental y social de los posibles impactos de aquella inversión. ¿Por qué? Porque el derecho de consulta (vinculado al derecho a un medio ambiente) solo tendrá sentido si es que existe información que poner al alcance de los pueblos indígenas.

Esta línea interpretativa va cobrando forma en los trabajos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, órgano que vela por el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la misma que al analizar un Procedimiento de Emergencia en 2006 que involucró la vulneración de los derechos humanos de la población indígena Shoshone en Estados Unidos. Tomado nota de esto, el Comité recomienda al gobierno de los Estados Unidos a congelar cualquier plan de privatización en las tierras ancestrales de los Shoshone que estuviesen por ser transferidas a multinacionales extractivas y, le requiere desistir de toda actividad proyectada o en ejecución en las tierras ancestrales de los Shoshone, que involucrasen sus recursos naturales sin el consentimiento de los mismos y le pide

dejar de imponer limitaciones y restricciones a su derecho de casar, pescar y recolectar en aquellos territorios.

Este extremo es similar a las decisiones adoptadas por los órganos internacionales de protección de derechos humanos cuando concluyen o se encuentran convencidos de la existencia de una infracción al derecho de los pueblos indígenas; sin embargo, dos aspectos deben ser resaltados. En primer lugar, el Comité requiere a los Estados Unidos el congelar sus planes de privatización de tierras que fuesen a ser transferidas a multinacionales extractivas, y, pone énfasis en el vínculo de las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas y las actividades de multinacionales, identificadas como provenientes de inversiones canadienses.

Por ello, al año siguiente (en el 2007), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, al dar sus observaciones respecto del informe anual presentado por Canadá (referido a los avances en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales), expresaría lo siguiente:

El Comité conmina al Estado parte a tomar medidas legislativas o administrativas necesarias con el fin de prevenir los actos de corporaciones transnacionales registradas en Canadá, con impacto negativo en el disfrute de los derechos de los pueblos indígenas fuera de Canadá. En particular, el Comité recomienda al Estado parte explorar vías para hacer responsables a las corporaciones transnacionales registradas en Canadá. (...) (Énfasis agregado)

Como queda claro entonces, poco a poco, va haciéndose patente el hecho de que no solo serán responsables internacionalmente los Estados que no sean capaces de garantizar los derechos humanos básicos de los pueblos indígenas localizados en su jurisdicción, sino que serán igualmente responsables los Estados que no realicen las acciones pertinentes para evitar que las corporaciones ubicados en sus jurisdicciones lleven a cabo proyectos en otros Estados y que tengan como consecuencia la vulneración de los derechos de los indígenas a su medio ambiente, salud y territorio.

Por esto mismo, en el año 2008, cuando el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial nuevamente dio revisión a la situación producida en Estados Unidos y la comunidad indígena Shoshone dirigió una comunicación al Comité

recordando la responsabilidad compartida de Canadá.

En ese sentido, encontramos en el derecho de los pueblos indígenas al medio ambiente uno de los campos más dinámicos en cuanto a reconocimientos legales a su favor. Sin embargo, debe reconocerse, para efectos del análisis de la investigación, que la mayor parte de la operatividad de estos derechos, como la elaboración de estudios ambientales, parten de la premisa de la posibilidad de poner en conocimiento de los indígenas información ambiental para su posterior participación en procesos de consulta. Esto parte del supuesto del diálogo intercultural entre sociedad dominante y pueblos nativos. Sin embargo: ¿Cómo tiene sentido esto para poblaciones fronterizas no contactadas? Y, ¿Aun cuando fuese contraproducente aquel diálogo en estas comunidades específicas, qué presiones podrían aplicar terceros Estados, teniendo en cuenta su posible responsabilidad si no se cumple un derecho de la participación indígena?

Finalmente: ¿Cómo se hace viable para estos pueblos no contactados la obligación de realizar estudios ambientales y sociales, si es que para su validación y correcto funcionamiento se requiere el análisis detallado de la vida de los pueblos indígenas a ser impactados por un proyecto? Para responder todo esto, debemos entender a profundidad la vida de las poblaciones indígenas en aislamiento. Pero antes, veamos si existe jurisprudencia nacional o extranjera que haga referencia a la problemática particular de las poblaciones indígenas móviles, fronterizas y móviles.

1.3 La jurisprudencia nacional e internacional respecto al derecho específico de poblaciones no contactadas, móviles y fronterizas

La jurisprudencia en materia de pueblos indígenas móviles transfronterizos (no contactados) es exigua. En los últimos diez años recién se ha producido jurisprudencia importante en materia de pueblos indígenas en general. Aun así, poco a poco la situación de los pueblos indígenas móviles transfronterizos va generando interés en los ordenamientos legales internos e internacionales, por lo que en algunos casos podemos encontrar ciertas decisiones de órganos deliberativos al respecto. Es así como la Comisión Interamericana (parte del sistema en el que los mayores progresos se han producido en materia indígena general) ha tenido la oportunidad de resolver dos casos

de medidas cautelares respecto a pueblos indígenas no contactados.

El primero de ellos, de 2006, hace referencia a la solicitud presentada por los pueblos indígenas Tagaeri y Taromenani, localizado en la frontera entre Perú y Ecuador. En dicha oportunidad, la Comisión Interamericana confirmaría que miembros de aquel grupo habrían sido asesinados en el contexto de tala ilegal de madera en invasión de su territorio. Dada la confirmación de esto, la Comisión instaría a Ecuador a adoptar todas las medidas necesarias para proteger aquellos grupos ante la presencia de terceros. Por otro lado, en 2007, la Comisión Interamericana analizaría la solicitud de la emisión de medidas cautelares por los Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca en la Región Madre de Dios en Perú. Este caso involucra, como el caso anterior, la vulneración de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto de tala ilegal de madera. Dada la importancia de la situación, la Comisión requirió al Estado peruano garantizar la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos en aislamiento; en especial, la adopción de medida tendientes a evitar daños irreparables resultantes de la actividad de terceros en su territorio.

Dichas medidas cautelares, representan las primeras manifestaciones de la preocupación específica que existe sobre los derechos de aquellos grupos indígenas en específico. Sin embargo, los esfuerzos como son evidentes se han centrado en el derecho a la vida e integridad física de los mismos. Aún falta observar si es que los órganos de adjudicación protegerán derechos específicos a favor de estos grupos.

¿Se reconocería un derecho a no ser contactado? ¿Cómo impactaría ello en instituciones internas, como en la otorgación de concesiones, aprobación de proyectos de inversión y/o el otorgamiento de estudios ambientales? ¿Cómo impactarían derechos específicos a favor de aquellos grupos en los derechos generales de los pueblos indígenas? Para poder entender si es posible aquel derrotero y, para avocar por dicho reconocimiento, analizaremos primero qué significa ser una población indígena fronteriza móvil (no contactado) y cómo esto puede ser reconocido en los órdenes internos e internacionales, teniendo en cuenta lo que se ha revisado hasta el momento, como el principio de soberanía, las limitaciones al derecho de autodeterminación, los movimientos de las ONG's internacionales, entre otros aspectos.

2. EXAMINANDO EL CASO DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS EN FRONTERA Y EL CASO DE LOS INDÍGENAS EN LA FRONTERA PERUANO-BRASILEÑA

2.1 Estudios efectuados a las poblaciones indígenas en la frontera peruana-brasileña: Su problemática

Con relación a la situación de los grupos indígenas en la zona de frontera Perú-Brasil, parece imperar la impresión de que, en los hechos, existe cierta normativa que protege la vida de estas poblaciones. Esto, a pesar de que ni en Brasil ni en el Perú existen normas que regulen la vida de los pueblos indígenas transfronterizos y su problemática. La razón de ello creemos que se basa en que los problemas de los indígenas en aislamiento en zona de frontera no distan de los problemas y situaciones de los pueblos indígenas en aislamiento en general. Es decir, resulta fundamental igualmente para estos proteger su autonomía vía su derecho a no ser contactados, en tanto cualquier contacto puede implicar su extinción por enfermedades introducidas desde un medio externo.

Lo que diferencia en la realidad la situación de estos indígenas, de los aislados en general, se basa en la impunidad de la violación de sus derechos. Y es que, mientras que es más probable que una infracción a los derechos de estos grupos sea detectado y sancionado de forma más eficiente cuando los hechos se refieren a grupos en aislamiento en zonas cercanas a ciudades o cercanos a pueblos con indígenas asentados, en el caso de violaciones de los derechos de indígenas en zonas fronterizas, la detección de la infracción y su sanción pierde prácticamente toda efectividad.

Cuando Perú creó su agencia estatal para el tratamiento de los asuntos indígenas, incluyendo a los pueblos aislados, la Funai de Brasil ya tenía noventa y un años de tradición (...). Desde su creación, esta institución ha pasado por numerosos problemas, deficiencias y conflictos de intereses, pero aún es considerada, en general, como una aliada de los indígenas del país. Mientras que el Indepa fue pasando de ministerio en ministerio, la Funai siempre estuvo, en los últimos años, ligada al importante Ministerio de Justicia brasileño.⁴

⁴ SILVA DO NASCIMENTO, Hilton. **Mundo Amazónico**, 2011. Disponible em: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/30637/16904-68308-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sin embargo, esto de modo alguno significa que los pueblos indígenas transfronterizos ven asegurada la efectivización de sus derechos con solo pasar a otra jurisdicción. En ese sentido, si en el caso peruano la actividad extractiva de hidrocarburos, madera y minería ilegal son las principales actividades que atentan contra la integridad de estos grupos, desde el lado brasileño es la actividad agroindustrial la que finalmente termina de acorralarlos o eliminándolos. Esto se da como consecuencia de la incapacidad del Estado peruano de detener las incursiones en sus tierras, lo que produce la migración de los mismos a territorio brasileño.

Si bien ciertas zonas de protección presentan continuidad entre Brasil y Perú –lo que le da cierta protección a estos grupos cuando pasan de un lado a otro– éste no siempre es el caso. En muchos casos, los pueblos indígenas transfronterizos cruzan empujados –como lo demuestran los casos de junio y agosto de 2014– desde el Perú a Brasil y, en aquel trayecto, al estar necesitados de recursos de subsistencia se encuentran frente a la sociedad envolvente e indígenas asimilados, produciéndose muchos conflictos.

Está de más abundar en la notable incapacidad del Estado peruano para hacer efectiva la protección general que les debe a los pueblos indígenas en aislamiento; sin embargo, si debe mencionarse claramente la desidia de ambos Estados por tratar de encontrar una solución a un problema mutuo. Como se expondrá más adelante, sólo en los últimos años ciertos pasos se están dando para dejar de mirar a otro lado y resolver una problemática que se encuentra hoy en su punto más grave.

2.2 Un paralelo de la situación de las poblaciones indígenas en la frontera peruano- brasileña, con otras poblaciones indígenas móviles y fronterizas

Lo que experimentan las poblaciones indígenas aisladas en la frontera peruano-brasileña no es en absoluto una situación única. Esta situación se reproduce en otros Estado de la región. En el caso colombiano, la ineffectividad de la protección de sus territorios se da, sobre todo, por el conflicto armado que sufre aquel Estado. Incluso, Brasil, con el marco legal más avanzado y con las instituciones más sólidas en la región respecto a la protección de los indígenas en aislamiento, tampoco se encuentra ajeno a que en su jurisdicción constantemente actividades productivas violen el “derecho de no contacto” de estos grupos.

La problemática de los indígenas en aislamiento fronterizos, no solo responde a la incapacidad de los Estado para hacer frente a la intrusión de actores externos, o de su indiferencia respecto a permitir el ingreso de empresas extractivas en estas áreas, sino que además involucra a empresas privadas que provienen de los Estados de la región, que teniendo conocimiento de la vulnerabilidad de estos grupos no les importa aprovecharse las deficiencias legales de los Estados para desarrollar actividades que impactan en las vidas de los nativos. Como ya se indicó previamente en esta investigación, existe práctica internacional que intenta hacer responsable no solo a los Estados en donde se produce la violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, sino a los Estados de donde provienen aquellas inversiones.

En ese sentido, existe una obligación de estos últimos Estados al igual que de los Estados en donde se encuentran los grupos aislados dirigidos a velar por la integridad de estos pueblos. La responsabilidad internacional de los Estados debe ser señalada en estos casos y debe, igualmente, utilizarse los mecanismos de denuncias ante instancias internacionales por parte de los Estados que comparten esta problemática transfronteriza.

Los Estados involucrados se encuentran tratando de desarrollar acciones conjuntas para solucionar los problemas y las circunstancias especiales de estas poblaciones indígenas. En esa línea, la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, que involucra la cooperación de agencias de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, viene desarrollando un Marco Estratégico para Elaborar una Agenda Regional de Protección de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial.

2.3 Efectuando un balance: determinando los vacíos legales y constitucionales en la región e internacionalmente respecto a la defensa de las poblaciones indígenas móviles y fronterizas

Existen normas internacionales y domésticos que tienen por finalidad regular la vida de los pueblos indígenas. En la esfera internacional, aún no encontramos una regulación profunda respecto a los pueblos indígenas en aislamiento, sin embargo, ciertas disposiciones referidas a los pueblos indígenas en general pueden ser interpretadas evolutivamente con el fin de hacer efectivos sus derechos.

En nuestra opinión, la respuesta a la evolución interpretativa esta pregunta deberá ser cautelosa. No creemos que la solución del problema específico de los indígenas transfronterizos se encuentre en la creación de nuevos derechos indígenas o, de la ampliación de derechos clásicamente concebidos en favor de ellos. Creemos que bastará la interpretación extensiva de los derechos individuales establecidos en la Convención Americana o, en el PIDCP, con el fin de protegerlos.

Es preciso reconocer que los pueblos indígenas en aislamiento transfronterizos presentan ciertas circunstancias desfavorables por el solo hecho de encontrarse en zonas de frontera. Con el fin de entender los ajustes o instituciones específicas que estos grupos requerirían (la mayor parte de las mismas de corte administrativo, antes que legal o constitucional), analicemos su situación en dos escenarios, particularmente importantes para toda población indígena en aislamiento: i) Sus derechos de tierra y ii) Sus derechos relativos a sus recursos naturales y derechos ambientales.

2.4 Necesidad de ajustar la regulación referida al derecho de acceso a tierras de las poblaciones indígenas móviles y fronterizas

Uno de los grandes desafíos que presentan los pueblos indígenas en aislamiento se centra en la naturaleza y/o estatus jurídico de sus tierras. En algunos Estados, como en el Perú, las normas que regulan a estos grupos han establecido figuras como las "Reservas Indígenas" como mecanismos de reconocimiento territorial. Por su parte en Brasil, existe un número de figuras legales a través de las cuales puede hacerse efectivo el derecho de tierras de estos grupos.

Ahora bien, a pesar de este marco legal progresista ciertos problemas surgen, especialmente en Perú dada la técnica legal que regula las llamadas "Reservas Indígenas". Una de sus consecuencias más severas es la indeterminación legal en la que deja a otras figuras que han hecho efectivo derechos territoriales de indígenas en aislamiento. Al respecto, debe tenerse presente que en el Perú, antes de la emisión de la Ley Nº 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial y su Reglamento, el resguardo de los territorios indígenas en aislamiento se encontraba materializado por medio de la figura denominada "Reserva Territorial" dispuesta por la Segunda Disposición Transitoria de

la Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva y por el Decreto Supremo N° 003-79-AA, Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva.

Este marco legal inicial aplicable a los pueblos indígenas en aislamiento fue importante e innovadora para su época (en la década de los 70s), aun cuando solo era posible aplicarla mediante interpretación extensiva de lo dispuesto en aquellos dispositivos. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las "Reservas Territoriales" nacen con vocación transitoria; así, la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 22175 indicaba:

Para la demarcación del territorio de las comunidades nativas cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional, se determinará un área territorial provisional de acuerdo con sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que se defina una de las situaciones a que se refieren los incisos a) y b) del Artículo 10° de la presente Ley.⁵

Los reconocimientos en favor de los pueblos indígenas en aislamiento lamentablemente no serían homogéneos. Los derechos territoriales reconocidos por el Estado (a través de Gobierno Regionales) en algunas ocasiones establecían derechos amplios y enfáticos, mientras que en otros casos solo derechos genéricos.

Existe una gran diferencia entre los derechos establecidos en una y otra reserva territorial. Esto se produjo por cuanto la figura de la "Reserva Territorial" se encontraba sin reconocimiento expreso. Es por ello que las reservas territoriales han tendido a establecer derechos particulares para cada pueblo indígena. Por esto mismo, ciertos derechos territoriales de indígenas en aislamiento difieren de los derechos de otros, aun cuando se trata de indígenas en una situación similar.

Creemos que la regulación de los territorios indígenas actualmente sufre un doble fraccionamiento legal. Por un lado, el fraccionamiento se produce por el diferente tratamiento que se hizo en su momento respecto a cada reserva territorial y, por la coexistencia de "reservas territoriales" y "reservas indígenas". Este escenario tiene

⁵ ROMERO, Ileana Rojas. Los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial en el Perú, y su alarmante situación de extrema vulnerabilidad en el contexto del Covid-19. **Conexión Ambiental**. 2020. Disponible en: https://conexionambiental.pe/los-pueblos-indigenas-en-aislamiento-y-contacto-inicial-en-el-peru-y-su-alarmante-situacion-de-extrema-vulnerabilidad-en-el-contexto-del-covid-19/#_ftn1

implicancias directas para diversos problemas de los indígenas en aislamiento transfronterizo, pues, una de las claves del éxito de la protección de sus territorios es que existan figuras similares o compatibles a cada lado de la frontera.

Por tanto, en el caso de la frontera peruano-brasileña, no solo existirán diferencias por el establecimiento de derecho territoriales en dos jurisdicciones diferentes, sino además por el hecho de que al interior de ambos Estados existe un número multiforme de instituciones legales que abordan el mismo tema. En este contexto, una política de protección territorial indígena fronteriza difícilmente tendrá éxito y por tanto requerirá de cooperación entre los Estados involucrados. Ahora bien, aquella cooperación no depende de las buenas intenciones gubernamentales; es preciso que ambos entes tengan figuras legales compatibles entre sí. Al respecto, debe tenerse presente actualmente existen, tanto en el lado brasileño, como en el peruano, diferentes áreas territoriales reconocidos en favor de los pueblos indígenas en aislamiento; sin embargo, no siempre esas áreas presentan un reconocimiento territorial al otro lado de la frontera y, en caso exista, la mayor parte de las veces es uno con un régimen completamente distinto.

Esta situación fragmentada colisiona con la realidad de los indígenas en aislamiento, que, por naturaleza requieren de extensiones grandes de territorio para encontrar recursos y subsistir; para estos grupos, las fronteras Estatales son inexistentes, sin embargo, las fronteras existen y producen lo que Huertas ha denominado una dislocación de su territorio.⁶ En ese sentido, la regulación heterogénea y poco clara a nivel interno de ambos Estados representa el primer y más claro límite al reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas transfronterizos.

CONSIDERACIONES FINALES

Habiendo analizado las complejidades envueltas en las vidas de los “pueblos indígenas en aislamiento”, “indígenas en contacto inicial” e “indígenas transfronterizos”, creemos que estamos en condiciones de brindar ciertas sugerencias que los Estados pueden efectuar, sea de forma conjunta o individual, con el fin de resolver sus problemas más

⁶ HUERTAS CASTILLO, Beatriz. **Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial**. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2002.

saltantes. Estas sugerencias que indicamos a modo de conclusión incluyen las siguientes:

Hacer más sencillo el marco legal estatal en lo referido a los derechos territoriales de los pueblos indígenas en aislamiento. Este es uno de los principales pasos a adoptar por los Estados involucrados en esta problemática.

Es preciso que se mantengan coordinaciones efectivas entre el gobierno peruano y el gobierno brasileño para resolver este problema común. La coordinación y cooperación entre Perú y Brasil resulta una necesidad apremiante para hacer frente a los problemas de los pueblos indígenas transfronterizo. Cabe indicar que solo podrán obtenerse resultados con esta cooperación en tanto se resuelva lo indicado en el punto 1 antes expuesto. Por tanto, solo cuando Perú y Brasil cuenten con un régimen legal predecible, su cooperación en materia indígena será realmente de utilidad. Si bien la cooperación es un paso básico, la realidad muestra que actualmente las medidas para enfrentar la problemática en las zonas de frontera vienen abordándose sin coordinación.

El fraccionamiento del régimen territorial indígena en el Perú no solo tiene efectos para los indígenas en ese país. A decir verdad, también tiene efectos ambientales para los indígenas en aislamiento en Brasil. Esto es así pues, si bien en Brasil existe un sistema de protección ambiental estricto para diversas áreas de protección en zona de frontera, en la jurisdicción peruana no tiene una correlación necesaria. En ese sentido, en caso no exista un área de protección intangible en el lado peruano, los derechos de los indígenas brasileños, una vez traspasada la frontera, no presentarán protección ambiental especial. Y, en caso se aprobasen las reservas indígenas aplicables, estas tendrán solo una protección relativa frente a industrias extractivas.

La cooperación entre los Estados (y en particular la de Brasil y Perú) debe incluir el reconocimiento de la consulta previa como un derecho de estos grupos, debiendo efectuarse una retroalimentación respecto a los procesos efectuados dentro de las áreas en donde existan pueblos indígenas en aislamiento. Es importante que se tenga presente que, los procesos de consulta son indispensables antes de la toma de una decisión que involucre a los indígenas en aislamiento.

Los funcionarios estatales logren entender que los pueblos indígenas presentan una

diversidad de derechos generales (como el derecho de consulta) y otros particulares (como el derecho a no ser contactado). Los derechos indígenas generales deben ser ponderados cuando se está frente a ciertos derechos especiales de los pueblos indígenas en aislamiento. En ese sentido, el derecho a no ser contactado será prioritario para estos grupos, por lo que el proceso de consulta debe adquirir características especiales como es la de su conducción indirecta.

Se torna indispensable tratar los problemas comunes transfronterizos que minan la efectividad de los derechos de los indígenas en aislamiento de forma coordinada. Así como la problemática de los indígenas transfronterizos exige ciertos ajustes legislativos que hagan que sus regímenes guarden sentido en ambos lados de la frontera; también se hace necesario tomar nota de problemas comunes en los Estados fronterizos en donde se asientan los indígenas en aislamiento.

Creemos que nuestras conclusiones son viables en tanto han tomado en cuenta los elementos contemporáneos sobre los que se vienen desarrollando las relaciones estatales contemporáneas. En ese sentido, se encuentra implícitamente reconocido el rol de las ONG internacionales como entes que brindan legitimación a procesos altamente politizados (como es la ejecución de procesos de consulta previa indígena).

En nuestra opinión, proceder a formular tratados especiales como primer recurso solo conllevaría a ampliar la ya existente inflación legal internacional. Además, aun si se aprobasen los mismos, se requerirían mecanismos para hacerlos efectivos, lo que podría tardar mucho tiempo. Creemos que la solución se encuentra dentro del marco legal ya existente. Para ello, hemos podido indicar la necesidad de modificar las deficiencias legales internas de Perú y Brasil para abordar esta materia.

Finalmente, estamos convencidos que las conclusiones a las que hemos llegado serán de especial utilidad en los próximos años; teniendo en cuenta que el Estado peruano y brasileño ya se encuentran abordando el tema conjuntamente. En ese sentido, Brasil y Perú ya han iniciado un proceso de cooperación interinstitucional en marzo de 2014.

Gracias a este entendimiento, ambos gobiernos apuntan a establecer lineamientos generales de cooperación con la finalidad de propiciar actividades, intercambio de experiencias y capacidades para la protección de los derechos de los pueblos indígenas

en situación de aislamiento y contacto inicial. Sin duda, este es el momento preciso para que las conclusiones a las que hemos arribado puedan ayudar a escribir un nuevo capítulo de cooperación entre ambos Estados, específicamente en lo que respecta a la protección de uno de los grupos indígenas más olvidados en nuestro continente.

REFERENCIAS

ANAYA, James; GROSSMAN, Claudio. **El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua**: Un Nuevo Hito en el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, v. 11, 2003.

ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. Oxford University Press, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. n. 40, 2001, p. 11-23.

CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo. La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Cómo se Hizo Realidad y que nos Anuncia. El Desafío de la Declaración - Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. 2010.

CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martii; RANGANATHAN, Surabni. **Sovereignty as a Legal Value**. Cambridge UK: Cambridge University Press. Traducción libre. 2012.

ECUADOR. Corte Constitucional. Sentencia nº 001-10-SIN-CC casos nº 0008-09-IN Y 0011-09-IN. Quito de 2010. **Sentencia**. Quito, 18 mar. 2010. Disponible em: <https://pdfslide.tips/documents/quito-d-m-18-de-marzo-del-2010-sentencia-n-001-10-dr-roberto-bhrunis-lemarie.html?page=1>.

FREEMAN, Michael; NAPIER, David. **Law and Anthropology**: Current Legal Issues. Madrid: Editorial Trotta. 2007, p. 2.

HOWARD, Michael. Transnationalism and Society: An Introduction. Edit. McFarland & Co. in Jefferson, 2011, p. 4. Traducción libre KINGSBURY, Benedict. Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law. **New York University Journal of International Law and Politics**, n. 34, 2001.

HUERTAS CASTILLO, Beatriz. **Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial**. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2002.

MEREMINSKAYA, Elina. El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y Experiencias Comparadas. **Estudios públicos**. 121, 2011.

MILLER, Robert J. **The History of Federal Indian Policies**. March 17, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1573670>
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1573670>.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 0022-2009-PI/TC. Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Relator: Vergara Gotelli. Lima de 2010. **Sentencia**. Lima, Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>. Acesso em: 01 jan. 2023.

PORTES, Alejandro; GUARNIZO, Luis; LANDOLT, Patricia. The Study of Transnationalism: Pitfalls and Promise of an Emergent Research Field. **Ethnic and Racial Studies**. v. 22, n. 2, 1999.

ROJAS ZOLEZZI, Martha; ROJAS ZOLESSI, Enrique. El ciudadano indígena. El problema de la relación entre sujetos colectivos y el Estado liberal. Una visión desde la Amazonia. **Anthropologica**, v. 18), n. 18, 2000.

ROMERO, Ileana Rojas. Los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial en el Perú, y su alarmante situación de extrema vulnerabilidad en el contexto del Covid-19. **Conexión Ambiental**. 2020. Disponible en: https://conexionambiental.pe/los-pueblos-indigenas-en-aislamiento-y-contacto-inicial-en-el-peru-y-su-alarmante-situacion-de-extrema-vulnerabilidad-en-el-contexto-del-covid-19/#_ftn1

SILVA DO NASCIMENTO, Hilton. **Mundo Amazónico**, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/30637/16904-68308-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

STAFFEN, Márcio Ricardo. On the authority of transnational law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 23, n. 1, 2021.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional. ARGUETA, Arturo; WARMAN, Arturo. **Nuevos Enfoques para el Estudio de las Étnicas Indígenas en México**, UNAM, 1991.

ZAMABAM, Neuro José; STAFFEN, Márcio Ricardo. Direito Global e Desigualdades: um estudo a partir de "direito dos povos" de John Rawls. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, n. 10, v.1, p. 243-258, 2015.