

Expediente N°: 02835-2024-0-5001-SU-DC-01

Materia: Acción Popular

Sumilla: Amicus Curiae

SEÑORES MAGISTRADOS DE LA 2° SALA CONSTITUCIONAL DE LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA

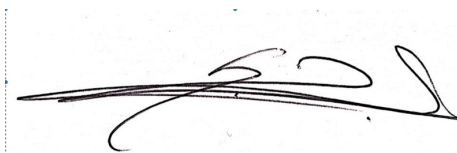
Clínica Jurídica y Responsabilidad Social – Sección Derechos de los Pueblos Indígenas – de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), representada por Javier La Rosa Calle, con DNI 15583891 y por Gustavo Zambrano Chávez con DNI 19789717, domicilio real en Av. Universitaria N° 1801, San Miguel, ante Usted respetuosamente me presento y digo:

Habiendo tomado conocimiento de la demanda de acción popular interpuesta por la Federación de Comunidades Nativas de Alto Curaray y Arabela (FECONACA) contra el Ministerio de Cultura (MINCUL) que solicita se declare la inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución Ministerial No. 365-2017-MC y del Decreto Supremo No. 10-2022-MC, normas expedidas por el Ministerio de Cultura que regulan el derecho a la consulta previa en el procedimiento de creación de reservas indígenas y el reconocimiento de los Pueblos Indígenas en situación de Aislamiento (PIA) de la Reserva Indígena solicitada y en trámite de creación Napo Tigre; en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar de la Ley No. 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC), solicitamos respetuosamente a la Sala Constitucional, tenga a bien admitir nuestra participación como Amicus Curiae y, en consecuencia, examinar los fundamentos que exponemos en el presente escrito, a efectos que sean valorados al momento de expedir la sentencia en segunda instancia sobre la controversia.

La Clínica Jurídica y Responsabilidad Social es un proyecto de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica que busca brindar una formación universitaria integral a los/as alumnos/as, al insertarlos en la concepción de responsabilidad social profesional a través de acciones de interés público. Particularmente, la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas busca que las/os estudiantes conozcan y tomen interés sobre la afectación de los derechos de los colectivos indígenas u originarios con un enfoque interdisciplinario, ello con la finalidad de incidir en un caso real. La participación de los/las alumnos/as de la Clínica se da a través de la elaboración de un amicus o informe jurídico que coadyuve en una mejor decisión sobre un caso de posible afectación de derechos.



Javier La Rosa Calle
Clínica Jurídica de Derechos de los
Pueblos Indígenas. Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú



Gustavo Zambrano Chávez
Clínica Jurídica de Derechos de los
Pueblos Indígenas. Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

AMICUS CURIAE

Elaborado por la Clínica Jurídica y Responsabilidad Social - Sección Derechos de los Pueblos Indígenas- de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en virtud del proceso constitucional de acción popular incoado por la Federación de Comunidades Nativas de Alto Curaray y Arabela (FECONACA) contra el Ministerio de Cultura (MINCUL) recaída en el expediente N° 02835-2024-0-5001-SU-DC-01 seguido ante la 2° Sala Constitucional de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.

I. INTRODUCCIÓN

La Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, organización domiciliada en Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima presenta en calidad de AMICUS CURIAE en el proceso de acción popular que sigue la Federación de Comunidades Nativas de Alto Curaray y Arabela (FECONACA) contra el Ministerio de Cultura (MINCUL), siendo este trabajo resultado de un trabajo conjunto de las alumnas/o del semestre académico 2023-2.

Esta organización es un proyecto de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú que busca formar a las/los estudiantes de manera integral al involucrarse en acciones de responsabilidad social y de interés público. Particularmente, la Clínica Jurídica de Derechos de los Pueblos Indígenas promueve que los/las participantes conozcan, participen y se comprometan en los problemas de las comunidades y pueblos indígenas en el Perú, su permanente exclusión y discriminación, buscando respuestas normativas con un enfoque interdisciplinario, incidiendo en un caso real, vía la elaboración de informes jurídicos amicus curiae.

En el presente caso, las alumnas y alumnos han elaborado un texto que aborda una situación paradigmática de incumplimiento de derechos en perjuicio de varios colectivos originarios que constituyen los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial (PIACI en adelante), describiendo los antecedentes del extenso procedimiento de creación de una reserva indígena en el lugar denominado Napo, Tigre y Afluentes (departamento de Loreto) que actualmente se encuentra en trámite en el Ministerio de Cultura; también se ilustra sobre los pueblos indígenas allí existentes, los riesgos y amenazas que tienen para su existencia; finalmente, se describe y discute los argumentos expuestos en la demanda de acción popular, señalando una posición; concluyendo con unas precisiones necesarias en torno al derecho a la consulta previa.

II. ANTECEDENTES

En este capítulo se explicará el procedimiento que se siguió para iniciar el procedimiento de reconocimiento y creación de la Reserva Indígena solicitada Napo Tigre.

- 1.El Estado habría incumplido papel para proteger derechos de vida de los Pueblos Indígenas en Aislamiento (en adelante PIA) cuestionando el procedimiento de creación: 20 años de retraso, lo que significa 20 años de indefensión de derechos.

Mediante Carta N° 400-AID-2005, el 27 de julio del 2005, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana -AIDSESP presentó a la Dirección Regional Agraria de Loreto, el Estudio Técnico Delimitación territorial solicitando la creación de la reserva territorial Napo Tigre a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, ubicados en la cuenca alta de los ríos Curaray, Arabela, Nashiño, Napo, Púcacuro, Tigre y afluentes, Loreto (en adelante, solicitud de Reserva Indígena Napo, Tigre y afluentes - SRINT).

El 24 de abril de 2006, se promulgó la Ley N° 28736 (conocida como la Ley PIACI), Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Contacto Inicial, y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.

Sin embargo, a pesar de haberse promulgado una Ley que se encargaba directamente de la protección de los PIACI y sus territorios, el Estado peruano continuó sin realizar acciones de protección de los derechos fundamentales de los PIA ubicados en el territorio de la solicitud de Reserva Indígena Napo, Tigre y afluentes, entre los cuáles se encontraba, crucialmente, el derecho a la intangibilidad de sus territorios.

Desde la promulgación de la Ley PIACI no solo continuó la indefensión de los derechos de los PIA de la solicitud de Reserva Indígena Napo, Tigre y afluentes, sino que el Estado peruano tuvo un rol controversial sobre los mismos. Un ejemplo de ello es que, en el 2010, el lote 67 (territorio de Napo Tigre), que afectaba el territorio de pueblos en aislamiento de la cuenca del río Curaray, fue otorgado en concesión petrolera a la empresa francesa Perenco.

Posteriormente, el 25 de junio de 2013, mediante Memorando N° 1902013-VMI/MC, el Viceministerio de Interculturalidad otorgó la calificación técnica favorable para el reconocimiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y la categorización de la Reserva Indígena Curaray, Napo, Arabela, Nashiño, Pucacuro, Tigre y afluentes. Un avance para el reconocimiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento probablemente emparentados con los pueblos Arabela, Iquito, Taushiro, Zápara, Waorani y Abijira.

Sin embargo, el 27 de septiembre de 2013, PERUPETRO S.A. interpuso un recurso de apelación contra el Memorando N° 190-2013VMI/MC, alegando que el reconocimiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento y la categorización de la Reserva Indígena Napo, Tigre y afluentes era una decisión que afectaría los intereses de la empresa petrolera.

El 25 de noviembre del 2013 la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas (MINCU) dejó sin efecto la calificación técnica favorable previamente otorgada mediante el Memorando N° 190-2013-VMI/MC. El Ministerio de Cultura retrocedió por presión de la apelación interpuesta por PERUPETRO y, a pesar de haber dado la calificación técnica favorable para el inicio del procedimiento de reconocimiento formal de los PIA y la creación de la reserva indígena a su favor, luego la rescindió, incumpliendo así la Ley N° 28736.

Del mismo modo, en el 2014, el Estado peruano otorgó derechos de exploración y explotación del lote 39 a la empresa Perenco. El Gobierno Peruano no implementó mecanismos de protección de los pueblos en aislamiento y entregó este Lote a otra empresa, nuevamente vulnerando los derechos de los PIA ubicados en dicho territorio.

El 15 de septiembre del 2015, con el Informe N° 155-2015-DACI-DGPI-VMI/MC, se volvió a otorgar la calificación técnica favorable a la solicitud de creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y afluentes. Con fecha 25 de julio de 2022, se aprobó el Estudio Previo de Reconocimiento (en adelante EPR) para la solicitud de la reserva indígena. En el EPR se presentó evidencias sobre la existencia de los pueblos indígenas en aislamiento Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Zaparo, resultados que fueron expuestos ante los integrantes de la Comisión Multisectorial PIACI establecida por Ley.

Finalmente, recién el 6 de septiembre de 2022 se publicó el Decreto Supremo N.° 010-2022-MC de Reconocimiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento, el mismo que declaró el reconocimiento de los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo en situación de aislamiento, correspondiente al ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes, ubicada en el departamento de Loreto.

III. ¿QUIÉNES SON LOS PIACI Y QUÉ SE BUSCA PROTEGER?

3.1 Definición

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, PIACI en adelante, según las *Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco* (2012)¹ se definen como comunidades o segmentos de comunidades indígenas que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria y, en muchos casos, evitan cualquier tipo de interacción con personas ajenas a su grupo.

Estos pueblos, en su mayoría ubicados en bosques tropicales o zonas de difícil acceso no transitadas que a menudo cuentan con grandes recursos naturales, eligen el aislamiento como estrategia de supervivencia. Algunos de ellos pueden ser grupos que, después de haber tenido contactos intermitentes con sociedades circundantes, optan por regresar a una situación de aislamiento rompiendo voluntariamente todas las relaciones con esas sociedades externas.

Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)² establece en su artículo XXVI que estos pueblos tienen el derecho de permanecer en su condición de aislamiento voluntario o en contacto inicial y de vivir libremente de acuerdo con sus culturas. Además, los Estados deben adoptar políticas

¹ Resultado de las consultas realizadas por la OACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela.

² Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 14 de junio de 2016.

y medidas apropiadas, para reconocer, respetar y proteger sus tierras, territorios, medio ambiente, culturas y la vida e integridad individual y colectiva de estos pueblos.

Es en base a lo señalado que a los PIACI se les brinda protecciones especiales en pro de salvaguardar las normas internacionales anteriormente mencionadas. Estas garantías se desarrollarán más adelante.

3.2. Derechos Vinculados a los PIACI

Los PIACI son un sujeto de derecho colectivo, lo que significa que cuentan con un conjunto de protecciones específicas otorgadas a este grupo humano. Cesar Gamboa³ identifica algunas características relacionadas con los derechos colectivos, centrándose específicamente en el ámbito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (2003, pág 63). Aunque estamos de acuerdo con la lista propuesta por el autor, hemos modificado el enfoque debido a la distinción entre los pueblos indígenas en general y los pueblos indígenas en aislamiento o contacto inicial.

Sin perjuicio de ello, en las siguientes líneas analizaremos los principales derechos de los PIACI:

1. Derecho a la vida, a la integridad y a la salud:

El derecho a la vida de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario o en Contacto Inicial (PIACI) puede definirse a la luz del artículo 1 de la Constitución Política del Perú. Este artículo establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En el contexto de los PIACI, el derecho a la vida implica no sólo la protección física de sus individuos, sino también la preservación de su modo de vida, autonomía y cultura. Garantizar su derecho a la vida implica respetar y proteger sus territorios ancestrales, permitiéndoles vivir en aislamiento o en contacto inicial según su elección, y asegurando condiciones que eviten amenazas externas a su salud y supervivencia como comunidades.

2. Personalidad jurídica:

Los derechos colectivos son poseídos y ejercidos por el grupo humano al que pertenecen los PIACI.

Sobre el particular, el artículo 21 de la Declaración Americana de Derechos Humanos también comprende el derecho de los pueblos indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico.

En tal sentido, estos son derechos que solo se pueden atribuir a sujetos específicos que calcen dentro de los estipulados para la asignación de los derechos colectivos PIACI.

³ Gamboa Balbín, C. L. (2003). Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. *Derecho & Sociedad*, (21), 59-69. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17351>

3. Derecho a la identidad cultural:

Los derechos colectivos buscan preservar la identidad cultural de los PIACI, que incluye aspectos como su organización política, económica, cultural y social, así como sus vínculos espirituales e históricos con la tierra que han ocupado ancestralmente.

4. Derecho a la protección integral:

Los derechos colectivos también incluyen medidas y políticas específicas desarrolladas por el Estado peruano para garantizar la protección de los PIACI en términos de salud, territorio, aspectos socioculturales y demográficos. Estas políticas buscan salvaguardar la integridad de estos grupos humanos en situación de extrema vulnerabilidad.

5. Derecho a la tierra y territorio:

El derecho a las tierras y territorio de los pueblos indígenas es esencial para su desarrollo. Primero, porque se debe tener en cuenta que la concepción es la visión que tienen los pueblos indígenas respecto a la tierra y territorio. Así, según la abogada Patricia Balbuena el problema con el territorio va más allá del valor como propiedad, al margen de que sea posible su inscripción y disposición o no, sino que el problema radica en que las visiones sobre lo que significa el territorio y/o la tierra están en conflicto, dado que, prima lo estatal en el marco normativo nacional con conceptos como la propiedad individual frente a la visión de los pueblos indígenas, ante la que el territorio es el espacio que “les permite desarrollar y reproducir los aspectos sociales y culturales de su subsistencia. Sin territorio no hay pueblo, desde la visión amazónica.”⁴

Lo anterior se refuerza con mayor razón en el caso de los PIACI, dada su vulnerabilidad y que, según un informe de la CIDH, una de las amenazas más frecuentes es la “enorme presión” sobre sus territorios. Allí mismo, la CIDH expresa que “la protección territorial es una condición fundamental para proteger la integridad física, cultural y psicológica de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.”⁵

Así, se entiende que los derechos a las tierras van más allá de la propiedad de las mismas, al menos en un sentido económico y/o comercial. Puesto que comprenden *ASPECTOS FUNDAMENTALES DE SU VIDA Y DESARROLLO*, además, las Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en inicial de la región Amazónica, El Gran Chaco y La Región Oriental de Paraguay (en adelante, “Directrices de protección para los PIACI de la OACNUDH”) establecen en los numerales del 51 al 59 una serie de garantías para la protección de las tierras, resaltando que estas limitan (o prohíben) el ingreso de personas externas o la

⁴ Balbuena, 2022

⁵ Respuesta de la República Federativa de Brasil al Cuestionario sobre de Consulta sobre Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial, recibida por la CIDH el 14 de junio de 2013, pág. 1 (“Otro factor de riesgo es la presión sobre la tierra, lo que puede dar lugar a situaciones de conflicto, confinamiento y robo, con la desagregación comunitaria consecuente”.)

realización de actividades fuera de las de los mismos PIACI, con miras a garantizar la intangibilidad de las tierras y el principio de no contacto.

6. Derecho a la autodeterminación:

El principio de autodeterminación o libre determinación es un derecho fundamental que reconoce la capacidad inherente de un pueblo o comunidad para moldear su propio destino político, económico, social y cultural. Este principio adquiere una importancia particular para los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o en contacto inicial, ya que les otorga la facultad de mantener su voluntad de aislamiento y, según lo destacado por la antropóloga Beatriz Huerta (2009), les permite decidir la naturaleza y el alcance de sus interacciones con el resto de la sociedad.

A continuación, se describen algunas de estas normativas y tratados y cómo están estipulados en ellos:

A nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶, en su artículo 1, otorga a estos pueblos la capacidad de determinar libremente su situación política y promover su desarrollo económico, social y cultural. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷, en sus artículos 3 y 4, reconoce el derecho a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos indígenas, incluyendo la gestión de sus asuntos internos y locales. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸, en su artículo XXVI, numeral 1, garantiza el derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial a permanecer en esa condición y vivir libremente de acuerdo con sus culturas, resguardando así su identidad y autonomía. A nivel nacional, la Ley 28736⁹ de protección a los PIACI, aunque no menciona explícitamente el derecho a la autodeterminación, establece el respeto a la autonomía de estos pueblos y su capacidad de decisión en su relación con la sociedad nacional y el Estado. La guía de "Atención de Salud a indígenas en contacto reciente y en contacto inicial en riesgo de alta morbilidad"¹⁰ resalta la importancia de este derecho para preservar la voluntad de aislamiento de los pueblos indígenas, asegurando su identidad y autonomía. Estas normativas ratifican la importancia de reconocer y salvaguardar el derecho a la libre determinación de los PIACI, permitiéndoles ejercer su autonomía y preservar su identidad cultural.

El principio de la libre determinación de los pueblos no solo implica permitir que estos grupos decidan sobre su propio destino y desarrollo, sino que implica reconocer su existencia como colectivos humanos con identidades culturales únicas y valiosas. El reconocimiento de su existencia va de la mano con la preservación de su diversidad cultural, su autonomía para mantener sus tradiciones y su derecho a vivir en condiciones de aislamiento voluntario, si así lo desean.

⁶ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde el 3 de enero de 1976, fue ratificado por Perú el 28 de abril de 1978.

⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

⁸ Aprobada en el año 2016.

⁹ Promulgada por el Congreso de la República el 24 de abril de 2006 y reglamentada a través del Decreto Supremo 008-2007/MIMDES el 07 de octubre de 2007.

¹⁰ Instituto Nacional de Salud, en el año 2008.

Además, es fundamental tener en cuenta que los PIACI no son simplemente objetos de estudio o curiosidades antropológicas; son personas con derechos inherentes que les son reconocidos tanto por la legislación nacional como por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos.

En resumen, los derechos particulares y colectivos de los PIACI son un conjunto de protecciones legales y políticas diseñadas para preservar la identidad cultural, la autonomía y la integridad de estos pueblos indígenas que habitan en áreas remotas de Perú, reconociendo tanto sus intereses colectivos como las necesidades individuales de sus miembros.

3.3 Obligaciones Estatales

En virtud de estos derechos, el Estado ha desarrollado marcos normativos que permiten la salvaguarda de las atribuciones conferidas al grupo, razón por la que contamos con un marco normativo, tanto general como específico, que efectivamente tiene incidencia en la vida de los PIACI.

3.3.1 Ley 28736 Ley de Pueblos Indígenas en aislamiento o en contacto inicial

a. Declaración de existencia:

En el artículo 3 de la Ley 28736¹¹, se señala que el reconocimiento formal de un Pueblo Indígena en situación de Aislamiento o en situación de Contacto Inicial solo comprende una declaración de su existencia por parte del Estado, por lo que se puede apreciar que la ley da publicidad a la existencia de un sujeto de derecho colectivo al reconocerse su existencia y categoría de ser clasificado como un pueblo PIACI.

Sobre el particular, de acuerdo a lo señalado por el jurista Marcial Rubio Correa¹² las normas declarativas (...) son dictadas como afirmaciones válidas por sí mismas, más que como hipótesis de que a tal supuesto debe seguir tal consecuencia” (2012, p.90). En otras palabras, las normas se basan en derechos preexistentes, cuestión que se sostiene cuando revisamos el derecho de titularidad grupal.

Por lo tanto, incluso en el supuesto que no se declarase oficialmente la categorización (creación) de la reserva indígena, los PIA oficialmente reconocidos todavía

¹¹ Artículo 3.- Categorización

Para los efectos de la presente Ley:

a) Se reconoce a un grupo humano la categoría de Pueblo Indígena en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial mediante decreto supremo, el mismo que para su validez requiere de un estudio previo realizado por una Comisión Multisectorial presidida por el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA e integrada por la Defensoría del Pueblo, el gobierno regional y local que corresponda, dos representantes de las Facultades de Antropología de las universidades peruanas, uno de las públicas y otro de las privadas, y por los demás que establezca el reglamento de la presente Ley. Dicho estudio debe contener medios probatorios de la existencia del grupo o grupos humanos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, su identificación, así como la indicación de la magnitud de su población y las tierras en las que habitan.

¹² Rubio, M (2012). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú..

conservaban sus derechos sobre las tierras y el territorio en el que se encuentran. En tal sentido, aún es posible abogar por el respeto a su territorio.

b. Cautela de derechos:

En el artículo 7 de la Ley 28736, se desarrolla la cautela de los derechos PIACI, lo que implica la garantía del principio de integridad del grupo.

En esa línea, el artículo señala que corresponde al Ministerio de Cultura conducir, implementar y supervisar este régimen, trabajando en colaboración con varios ministerios y entidades gubernamentales, así como con los Gobiernos Regionales y Locales en las áreas donde se ha identificado la presencia de los PIACI.

Dentro de estas funciones, el Ministerio de Cultura adopta y coordina las medidas necesarias para proteger los derechos de los PIACI que se encuentran en Reservas Indígenas, Reservas Territoriales, Reservas Indígenas solicitadas y en trámite de creación y sus áreas circundantes.

También se encarga de cooperar con el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) para garantizar su integridad física, sociocultural y sus derechos de estos pueblos. Este enfoque refleja el compromiso del Estado peruano en proteger a los PIACI y su entorno en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Por lo tanto, ignorar la existencia de estos pueblos significa el atropello de derechos ya conferidos. Asimismo, negar que el ministerio de Cultura actúe en nombre de estos sujetos sería romper con las obligaciones que tiene esta entidad estatal. Por tanto, no se debería descalificar las actuaciones del ente estatal.

3.3.2 Ley de Acceso a la información Pública:

Los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI) tienen el derecho fundamental a que la información relacionada con ellos sea privada, de acuerdo con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley No. 27806, Artículo 15-A¹³.

Esta disposición legal establece excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, se refiere a que se debe mantener en reserva aquella data que pueda poner en riesgo la vida de personas.

En el caso de los PIACI, esta privacidad es crucial debido al contexto social en el que viven, lo que les ha creado vulnerabilidades sociales y culturales, territoriales, sanitarias y demográficas.

¹³ *Artículo 15-A.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada*

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia, la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

(...)

d) El movimiento del personal que pudiera poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas o afectar la seguridad ciudadana.

Sobre el particular, la vulnerabilidad social y cultural se refiere a las posibles interrupciones que pueden surgir en sus sistemas sociales y culturales cuando establecen contacto con personas ajenas. Este contacto puede provocar desmoralización y desarticulación al modificar sus patrones de conducta y modos de vida, por lo que la apertura de este grupo al mundo puede causar serios riesgos a la vida de los PIACI.

Por su parte, la vulnerabilidad territorial también es una preocupación vital, ya que los territorios de los PIACI albergan valiosos recursos naturales, lo que los hace susceptibles a invasiones por personas que buscan explotarlos. La presencia de forasteros y la explotación de estos recursos pueden poner en peligro la biodiversidad y los elementos fundamentales para la subsistencia y la práctica de su cultura, así como su alimentación y salud.

Adicionalmente, la vulnerabilidad sanitaria e inmunológica es un aspecto crítico debido a su aislamiento. Los PIACI no han desarrollado la inmunidad necesaria para hacer frente a patógenos externos, lo que convierte enfermedades consideradas simples en un riesgo significativo para ellos. Esto implica la necesidad de evitar cualquier situación que pudiera resultar en la transmisión de enfermedades, y dado su aislamiento, existe el peligro de que la atención médica no sea oportuna ni efectiva en caso de un brote.

Finalmente, la vulnerabilidad demográfica se relaciona con el hecho de que, en muchos casos, los PIACI son grupos de población pequeños. Las alteraciones demográficas y los desplazamientos poblacionales pueden perturbar los roles sociales de sus miembros y pueden fácilmente derivar en despoblación y desmembramiento familiar, lo que a su vez puede llevar a un desequilibrio poblacional y, en última instancia, a la extinción de estos grupos.

Es por estos motivos que se debe mantener una reserva de la información referida a este grupo, en razón de preservar el principio de integridad que consagra el grupo.

3.3.3 Reglamento Sancionador por incumplimiento de la Ley PIACI (Decreto Legislativo No.1374)

En virtud del Derecho a la protección integral, los derechos de los PIACI deben contar con cierto respaldo para permitir que se cumplan las medidas dictadas en su favor. Siendo el Estado el ente que debe promulgar la salvaguarda de la comunidad, cuestión que se puede observar en el artículo 5¹⁴ del reglamento sancionador.

¹⁴ **Artículo 5.- Potestad fiscalizadora, sancionadora y de ejecución coactiva.**

5.1 El Ministerio de Cultura posee la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la legislación relacionada con la protección de los derechos de los PIACI, en los ámbitos geográficos donde se ha determinado la presencia de estos pueblos indígenas dentro del territorio nacional, a través de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección, en campo o en gabinete, de manera inopinada y excepcionalmente, coordinadas con el agente supervisado, en función de las obligaciones a fiscalizar

El artículo otorga al Ministerio de Cultura la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la legislación relacionada con la protección de los derechos de los PIACI. Sobre el particular, la protección la podemos dividir en tres aspectos:

i. **Supervisión y Control:** El artículo establece que el Ministerio de Cultura puede llevar a cabo actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección en campo o en gabinete de manera inopinada y excepcionalmente. Esto implica que se realizan esfuerzos constantes y efectivos para monitorear y proteger a los PIACI, asegurando su seguridad y bienestar.

ii. **Coordinación con el Agente Supervisado:** El artículo menciona que las acciones de fiscalización se coordinarán con el agente supervisado, lo que significa que se busca una colaboración activa y el respeto de los derechos y la autonomía de los PIACI. Esta coordinación asegura que las acciones emprendidas sean respetuosas de su cultura y modo de vida.

iii. **Enfoque en la Vulnerabilidad:** El texto establece que estas acciones de fiscalización se realizan "en función de las obligaciones a fiscalizar". Esto demuestra una comprensión de que los PIACI son grupos humanos en situación de extrema vulnerabilidad y, por lo tanto, requieren una atención específica y detallada por parte del Estado para garantizar su protección integral.

Es así, como podemos decir que el derecho a la protección integral de los PIACI incluye no solo la preservación de sus territorios y su cultura, sino también medidas que garanticen su salud, aspectos socioculturales y demográficos. Por lo tanto, si el estado no defendiese el reconocimiento formal de la existencia de los PIACI y la protección de sus derechos fundamentales, estaría vulnerando el principio, así como también sus obligaciones autoimpuestas.

3.3.4 ¿Por qué es importante la creación de Reservas?

Como parte de las garantías y respeto al derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas, surge la necesidad de establecer Reservas Indígenas en las áreas que estos territorios y tierras ocupan. Puesto que, la protección de este derecho es esencial para el desarrollo y la protección de otros derechos de los PIACI, por ello, además de la necesidad, la creación de reservas es una **OBLIGACIÓN** del Estado, que se ha consolidado en la Ley 28736. Concretamente, el artículo 4 incisos d), e) y f) mencionan que es un derecho de los PIACI:

“El Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos: (...)

d) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; (...)

e) Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia;

f) Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional (...)”.

Además, las Directrices de protección para los PIACI de la OACNUDH, en el numeral 53, establecen sobre “una doble relación del tipo de tierras que deben gozar de una especial protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial:

a) Tierras y territorios de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial: aquellas tierras donde viven y donde tienen asegurado el mantenimiento de sus formas de vida y que han utilizado o transitado históricamente. En estas tierras, debe establecerse una prohibición de entrada, así como de realizar cualquier tipo de acto. El conjunto de estas tierras y territorios podrían denominarse territorios intangibles o reservas territoriales protegidas. Deben ser establecidas a partir de la identificación de las tierras y territorios por los que se mueven los pueblos en aislamiento.

b) Tierras de amortiguamiento: tierras que rodean las de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial. Con el fin de evitar contactos accidentales, se deben establecer medidas específicas de protección que limiten dichas posibilidades de contacto. Estas zonas deben tener acceso limitado, las actividades económicas deben establecer mecanismos y barreras físicas para evitar contacto y deben controlarse las actividades que se lleven a cabo en su interior.

Como se puede apreciar, es necesario que el Estado busque una forma de garantizar el pleno goce del derecho a las tierras y territorios de los PIACI, con mayor razón debido a su vulnerabilidad. En particular, las Reservas Indígenas y Territoriales son las que brindan intangibilidad a los territorios tradicionales de los PIACI de acuerdo con la legislación peruana. Es más, la misma Ley 28736 en el inciso d) del artículo 2 define a las Reservas Indígenas como “*Tierras delimitadas por el Estado peruano, de intangibilidad transitoria, a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y en tanto mantengan tal situación, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos*”. Además, de que las Reservas Indígenas cubren la necesidad de regular los aspectos de las “tierras de amortiguamiento”.

Entonces, si se impide la creación de Reservas Indígenas se está dejando en una gran vulnerabilidad el derecho al territorio de los PIACI, pues sin esa intangibilidad no habría tampoco un cumplimiento eficaz del principio de no contacto, con ello todos los derechos que por “arrastre” también serían vulnerados, como su vida, salud, integridad, desarrollo, entre otros.

3.3.5 Protocolo de actuación ante el hallazgo, avistamiento o contacto con Pueblos Indígenas en Aislamiento y para el relacionamiento con Pueblos Indígenas en situación de Contacto Inicial¹⁵

¹⁵ Establecido a través de la Resolución Ministerial N° 240-2015-MC.

Este protocolo tiene como objetivo primordial mitigar riesgos y gestionar emergencias, respetando los derechos y la integridad de estos pueblos.

Basado en una serie de principios fundamentales, este protocolo se orienta hacia la protección y el bienestar de los pueblos indígenas. Estos principios incluyen el enfoque del "Principio Pro Homine" que prioriza la aplicación de normas destinadas a salvaguardar los derechos humanos y fundamentales; el "Principio de no contacto" que busca evitar cualquier forma de contacto con los pueblos indígenas en aislamiento debido a su vulnerabilidad; el "Principio de prevención" que permite la toma de medidas preventivas para reducir los impactos negativos en la vida y la salud de estos pueblos; el "Principio de autodeterminación" que exige respetar la decisión de los pueblos indígenas sobre si desean mantener su aislamiento o permitir el contacto; el "Principio de vulnerabilidad" que considera de manera constante la situación vulnerable de estos pueblos en todas las acciones emprendidas; y el "Principio de acción sin daño" que se aplica especialmente en el ámbito de la salud, garantizando el derecho a la vida y a la salud de los pueblos indígenas en situación de contacto inicial.

A la luz de estos principios, el protocolo cumple con una serie de funciones y finalidades esenciales:

- Establecimiento de conductas y procedimientos obligatorios en situaciones de hallazgo, avistamiento o contacto.
- Protección de derechos fundamentales como el derecho a la vida, preservación cultural y autodeterminación.
- Reducción de riesgos para la salud y seguridad de los pueblos indígenas y las personas involucradas.
- Atención de emergencias con directrices adecuadas y efectivas.
- Manejo de relaciones respetuosas y constructivas con los pueblos indígenas en situación de contacto inicial.

IV. EXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO (PIA) EN LA RESERVA INDÍGENA SOLICITADA NAPO TIGRE Y OTROS.

En este capítulo se explicará algunas de las evidencias presentadas en informes oficiales acerca de la existencia de los Pueblos Indígenas en Aislamiento (PIA) oficialmente reconocidos por el Estado peruano en el ámbito territorial de la solicitud de la reserva Napo Tigre y otros, así como una breve descripción de dichos pueblos.

4.1 Pruebas recogidas en el informe técnico (Estudio Previo de Reconocimiento – “EPR”)

En las zonas de Campo Serio de las comunidades nativas, el Anexo Aushiri y Puerto Elvira, algunos relatos fueron expresados en Kichwa para permitir que las personas se comunicaran de manera más efectiva en su lengua materna. Durante la fase de investigación de campo, se obtuvieron 165 testimonios sobre la presencia de

indígenas en aislamiento, distribuidos en 68 testimonios en la cuenca del río Napo y 97 testimonios en la cuenca del río Tigre. De estos testimonios, 106 fueron directos (63.9%) y 60 fueron indirectos (36.1%). Estos testimonios mencionan 292 pruebas de la presencia de Pueblos Indígenas en Aislamiento (PIA) en la región, con 174 pruebas para la cuenca del Tigre y 118 para la cuenca del Napo. En la cuenca del Napo, se recopilaron 15 testimonios que hacen referencia a eventos de los últimos tres años (a partir de agosto de 2018), mientras que en la cuenca del Tigre se recopilaron 28 testimonios de ese mismo periodo.

Revisión de las fotos aéreas: El Estudio Previo de Reconocimiento (EPR) recoge fotos del sobrevuelo del día 19 de octubre de 2021 que reúnen las características de asentamientos y viviendas de PIA en la Solicitud de Reserva Indígena Napo Tigre (SRINT), los cuales se ubican en una zona que presenta una alta concentración de evidencias (testimonios) de la presencia de PIA.

Caracterización de los PIA de la zona: El análisis de la literatura antropológica y etnohistoria de la región de la Reserva Indígena solicitada Napo Tigre (SRINT) identifica cuatro afiliaciones étnicas para los PIA: Aewa, grupos aislados de Taushiro, grupos en aislamiento de Waorani (Tagaeri y Taromenane) y pequeños grupos de la familia lingüística Záparo. Se descarta cualquier filiación étnica con otros pueblos indígenas amazónicos. En la cuenca del río Tigre, se identifican dos tipos de pueblos indígenas en aislamiento de la rama de los Taushiro. En la cuenca del Napo, los PIA en las cabeceras del río Aushiri y sus afluentes, así como en la quebrada Yuracyacu (zona interfluvial entre el Curaray y el Napo) serían Aewa o grupos afines.

Lengua: Las lenguas de los Aewa, Waorani y la clasificación del Taushiro no tienen relación confirmada con otras lenguas y deben considerarse como aisladas. En el Perú, los Arabela e Iquito son conocidos como pertenecientes a la familia lingüística záparo, y los Pananujuri, antiguos vecinos de los Arabela durante su aislamiento también hablaban záparo.

Relaciones de parentesco con comunidades vecinas: En la CN Puerto Elvira, se identifican cinco familias descendientes del pueblo Aewa, emparentadas con familias Kichwa Runa. Testimonios de comunidades en el río Tigre y hablantes del pueblo Taushiro indican que algunos segmentos se aislaron, sugiriendo un parentesco y ethos compartido con los sobrevivientes Taushiro del río Tigre. Los grupos Waorani en aislamiento en zonas fronterizas están vinculados a los Tagaeri y Taromenane.

Estimado de población: El número total de PIA en el área de la SRINT se estima en unas 300-500 personas.

Territorio de desplazamiento de los PIA en la SRINT: En los 16 años desde la elaboración del expediente técnico principal hasta el EPR, el desarrollo económico, la colonización y las actividades extractivas han alterado significativamente los escenarios social, cultural, económico, ambiental y político en el área de estudio. En este contexto, los PIA enfrentan una alta vulnerabilidad y han modificado sus desplazamientos migratorios hacia zonas menos accesibles e impactadas.

Tradición oral en las zonas de influencia de los PIA: En la cuenca del río Alto Napo, los indígenas en aislamiento son comúnmente llamados "Auca", "Pata Roja", "Inga" y "Vacacocha" por las comunidades y centros urbanos cercanos, mientras que "Aewa" (que significa "pueblo del jaguar") es el autónimo utilizado por los descendientes actuales. En el Alto Napo, el exónimo para los Aewa es "Vacacocha". En la cuenca del río Tigre, el término genérico "Taushiro" se utiliza ampliamente en comunidades Kichwa y centros urbanos mestizos para referirse a diversos pueblos indígenas en aislamiento, siendo entendido como sinónimo de esta situación.

4.2 Los pueblos reconocidos por el Decreto Supremo como sujetos de derechos.

El Estudio Previo de Reconocimiento (EPR) para la solicitud de la Reserva Indígena Napo Tigre fue elaborado por el Instituto del Bien Común (IBC), el cual fue seleccionado mediante una convocatoria pública de acuerdo con los Términos de Referencia aprobados por la Comisión Multisectorial PIACI establecida por Ley, que presentó ante los miembros de la Comisión Multisectorial, las evidencias sobre la existencia de los **pueblos indígenas en aislamiento Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Zaparo**. El Decreto Supremo N.º 010-2022-MC declaró el reconocimiento de dichos pueblos indígenas, correspondiente al ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes.

- **Aewa:** De las informaciones orales y escritas disponibles se concluye que el grupo "Vacacocha" o Aewa ha salido gradualmente de su situación de aislamiento desde los años 1920 hasta los años 1950, mientras que el grupo o grupos aislados Aewas a los que un curaca ordenó aislarse y esconderse después de haber sufrido una masacre en los años 1950 para que se retiraran al monte, se separaron hace dos generaciones quedándose desde entonces en situación de aislamiento.

- **Taushiro:** Según AIDSESEP (2005:33) y el análisis de los testimonios del trabajo de campo 2021, en la zona del alto Tigre se denomina a todos los PIA como Taushiro, por su ubicación en las zonas interfluviales altas. El primer avistamiento de los Taushiro fue entre 1656 y 1657 por el conquistador Martín de la Riva Herrera cuando realizó sus viajes por el río Tigre, en las provincias de Roamaynas, Conchas, Aviotas y Coronado. Alicea (2008:1) identifica dos subgrupos: "Atontu'tua" ("los que comen mitayo") y los "Einonto'tua" ("los que comen pescado"). El equipo del EPR concluye que uno de los grupos de PIA que se desplaza en el área referencial de la SRINT (cuenca del Tigre) son los Taushiro "guerreros" que se han separado del grupo de Taushiro contactado.

- **Tagaeri:** Fueron miembros de filiación waorani que se separaron hace más de cuarenta años y se movilizaban entre una amplia zona selvática que comprende los ríos Nashiño (Gabaro), Tivacuno (Peeneno), Shiripuno (Keweriono), Tiwino (Menkaro), Cononaco (Baameno) y Curaray, que conforma un corredor de alta movilidad estacional (Trujillo 2001;2006; 2011; 2017). Al utilizar el término Tagaeri nos referimos a varios grupos organizados en casas comunales (nanicaboiri). Se ha comprobado la presencia de grupos Taromenane en las cabeceras del río Curaray, durante las dos últimas décadas, espacio que era territorio waorani (Colleoni/Proaño 2010:9).

● **Taromenane:** El grupo Taromenane es un grupo lingüístico y culturalmente relacionado a los Waorani, manteniendo también características en la cultura material (por ejemplo, las medidas y formas de las lanzas) y en lo lingüístico (las terminaciones de las palabras) que los diferencian del grupo Tagaeri-Waorani (Colleoni/Proaño 2010). Podría tratarse de un grupo de Waorani que quedó separado de los demás clanes wao al principio del siglo XX. cuando la mayoría de ellos había dejado su territorio tradicional en la actual frontera Ecuador-Perú para remontar las cabeceras de los ríos Yasuní y Tiputini (afluentes del alto río Napo).

● **Záparo:** En las fuentes etnohistóricas es difícil diferenciar entre un pueblo Záparo y los diferentes pueblos que hablaban la lengua záparo con sus variaciones dialectales, salvo los Andoa, Taushiro (Pinche), Ikitu y Arabela que fueron identificados con nombres propios. En la cuenca del Napo y Curaray "Záparo" fue una denominación general para los diferentes grupos locales que vivían en esta región. Los diferentes pueblos Záparo hablantes, ante las intromisiones externas, desde la época colonial se han refugiado en regiones Inter fluviales de difícil acceso, reconfigurando su cultura, fusionando pueblos y parcialidades adaptando nuevos patrones culturales.

V. NORMATIVA DE CREACIÓN DE LAS RESERVAS INDÍGENAS Y LA POSIBILIDAD DE INTERPONER UNA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR

5.1 Procedimiento para la creación de las reservas indígenas.

En el presente capítulo, se explicarán los requisitos y procedimientos para crear una Reserva Indígena en el Perú, exigidos por la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial (Ley PIACI 28736 y su Reglamento); que se detallan de la siguiente manera:

5.1.1 Se inicia mediante la presentación de la solicitud remitida por cualquiera de las autoridades u organizaciones competentes (organizaciones indígenas, instituciones del Estado, organizaciones de sociedad civil o académicas) al Ministerio de Cultura, que deberá ser acompañada del estudio técnico que contengan pruebas fehacientes y de rigor científico que demuestren la presencia de los PIACI.

5.1.2 Ante la presentación de la solicitud, el Viceministerio de Interculturalidad deberá evaluar y calificar en un plazo de 15 días hábiles. En caso de ser favorable, se pone en conocimiento a la Comisión Multisectorial, la cual acorde al art 11° de la modificación del Reglamento de la Ley 28736, se encuentra conformada de la siguiente manera:

- 1) Un representante de la Dirección General de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura (DGPI), quien la preside.
- 2) Un representante de la Defensoría del Pueblo.
- 3) Un representante del Ministerio de Agricultura y Riego.
- 4) Un representante del Ministerio del Ambiente.
- 5) Un representante del Ministerio de Defensa.
- 6) Un representante del Ministerio de Salud.
- 7) Un representante del Ministerio de Educación.

- 8) Un representante del Ministerio de Energía y Minas.
- 9) Un representante del Ministerio del Interior.
- 10) Un representante del Gobierno Regional en cuya circunscripción se encuentre, el pueblo en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. En caso la zona involucre a la jurisdicción de más de un Gobierno Regional, se considerará a un representante de cada uno de ellos.
- 11) Un representante del Gobierno Local Provincial, en cuya circunscripción se encuentre el pueblo en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. En caso la zona involucre a más de una provincia, se considerará a un representante de cada provincia.
- 12) Un antropólogo representante de la especialidad de Antropología de una Universidad Nacional, designado por la Asamblea Nacional de Rectores.
- 13) Un antropólogo representante de la especialidad de Antropología de una Universidad Particular, designado por la Asamblea Nacional de Rectores.
- 14) Un representante de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP), organización indígena de representación nacional.
- 15) Un representante de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), organización indígena de representación nacional.

La Dirección de Pueblos en Aislamiento o Contacto Inicial de la DGPI actuará como Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial¹⁶

Posteriormente, se realiza un Estudio Previo de Reconocimiento (en adelante EPR), que tiene como finalidad evidenciar la existencia de los PIACI mediante pruebas antropológicas, ambientales y jurídicas; las cuales deben ser presentadas en un plazo de 06 meses a la Comisión Multisectorial, a fin de obtener la aprobación del EPR. En consecuencia, en caso se apruebe dicho estudio, se deberá realizar su formalización mediante la emisión de un Decreto Supremo de reconocimiento del pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

5.1.3 A efectos del reconocimiento de los PIACI por el Decreto Supremo, se abre la iniciativa del proceso de creación de la Reserva Indígena. Para lograr este objetivo, la Comisión Multisectorial contrata un Equipo Técnico de Trabajo que realiza el Estudio Adicional de Categorización (EAC) con la finalidad de determinar y delimitar el territorio de la reserva indígena.

Posteriormente, el resultado del EAC es presentado ante el Ministerio de Cultura y a la Comisión Multisectorial, donde se recogen los aportes y observaciones de los involucrados, con el fin de crear una versión final del mismo, que deberá ser puesta en votación en la Comisión Multisectorial.

Finalmente, una vez aprobado el EAC se realiza la publicación del Decreto Supremo de categorización que da por constituida la Reserva Indígena, que deberá ir acompañada de la memoria descriptiva que señala la delimitación del territorio.

¹⁶ Presidente de la República. (2016). Decreto Supremo 008–2016-MC del 24 de julio de 2016. Por lo cual se modifica el Reglamento de la Ley 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Contacto Inicial.

5.1.4 Actualmente, cabe resaltar que el proyecto de creación de la Reserva Indígena solicitada Napo-Tigre aún no se encuentra en proceso de demarcación, por lo que se desconoce el tiempo estimado para su creación. Asimismo, se debe considerar que se encuentra en un proceso judicial que intenta desconocer la existencia de los PIA anteriormente reconocidos mediante Decreto Supremo, por lo que se estaría dilatando la creación de la Reserva Indígena Napo-Tigre.

5.2 ¿Cuándo se plantea una Acción Popular?

La Acción Popular es una garantía constitucional regulada por el inciso 5, del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, que permite que cualquier persona pueda plantear una demanda contra cualquier reglamento, norma administrativa y resoluciones y decretos de carácter general, sin importar la autoridad de la que emanen; que atenten contra la Constitución y las leyes. En otras palabras, la finalidad que tiene esta garantía es proteger el interés general de la sociedad y el principio de la supremacía jurídica de la Constitución, junto al principio de legalidad. Por lo tanto, para poder plantear esta demanda, se necesita sustentar que la vulneración a la Constitución y las leyes debe perjudicar a toda la población o gran parte de ella, ya que lo que se busca es proteger el interés público, y no únicamente a un interés en particular.

En relación con lo mencionado, en el año 2015, se llevó a cabo el “I Pleno Jurisdiccional en materias Constitucional y Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la República”¹⁷, en donde se acordó por unanimidad los requisitos para plantear una acción popular, entre ellos tenemos:

1) Pertenencia al ordenamiento jurídico

Como se ha mencionado anteriormente, la acción popular busca proteger el interés público, es decir, tiene como fin proteger a toda la población de una incorrecta aplicación o interpretación de normas infralegales que atenten contra la supremacía de la Constitución y las leyes, y como consecuencia, una vulneración de los derechos fundamentales y directrices reconocidas en estas normativas de mayor jerarquía. En consecuencia, para poder impugnar una normativa a través de la acción popular, se debe verificar que dicha norma se encuentra incorporada en nuestro sistema jurídico de manera que tenga efectos legales como la modificación, innovación, derogación o una nueva interpretación, que atenten contra el sistema actual.

En caso contrario, si la norma impugnada se refiere a la incorrecta aplicación en un caso concreto, entonces se está frente a un acto administrativo, en el que no procede la acción popular, ya que no alteran al sistema en general, sino

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la República. Salas de Derecho Constitucional y Social (2015). I Pleno Jurisdiccional en materias Constitucional y Contencioso Administrativo. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca9e65804bbb079bb028f3683d1737f8/Primer+Pleno+Supremo+Constitucional.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ca9e65804bbb079bb028f3683d1737f8>

que únicamente son aplicaciones de este mismo en un caso en concreto. Por lo tanto, para poder determinar si estamos ante una impugnación que debe ser resuelta mediante la acción popular, el primer filtro que debe de pasar es la determinación si la norma impugnada alerta la aplicación del ordenamiento jurídico en general o únicamente se trata de su aplicación en un caso en concreto.

2) Consunción:

Una vez determinado que la nueva norma pertenece a nuestro ordenamiento jurídico, se debe analizar si esta misma tiene “vocación de permanencia”, es decir, su aplicación en el tiempo será constante y permanente cuando se cumplan los supuestos de hecho que habiliten su uso, hasta su derogación.

3) Generalidad:

Por último, se debe analizar si la norma impugnada tiene las características de ser impersonal y abstracta, de manera que a nivel teórico se pueda evaluar su incompatibilidad con la Constitución y/o la Ley. De lo contrario, todas aquellas normativas que aluden a supuestas afectaciones particulares, de especulaciones o de posibilidades, no podrán ser atendidas por una acción popular. Esto se debería, a que esta garantía se basa en un análisis de puro derecho en donde se busca determinar la contradicción entre la norma infralegal en contra de las normas de mayor jerarquía (Constitución y Ley) a fin de proteger el interés general, mas no la conveniencia de un interés individual de un caso en concreto.

5.4 Análisis del caso:

En el presente caso, un grupo de comunidades indígenas denominadas FECONACA, ha interpuesto una acción popular contra la Resolución Ministerial n.º 365-2017-MC y el Decreto Supremo n.º 010-2022-MC; que reconocen a los Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo como pueblos indígenas en situación de aislamiento. Esta impugnación se encuentra fundamentada en la supuesta inexistencia de evidencias físicas y científicas suficientes para presumir la existencia de estos PIA, por lo que su reconocimiento supuestamente sería ilegal e inconstitucional. En ese sentido, no sería válido que las comunidades indígenas aledañas vean limitado su derecho a la propiedad y demás derechos conexos a la Solicitud de Reserva Indígena Napo-Tigre.

Por lo expuesto, en el presente subcapítulo se analizará la validez de los argumentos usados por FECONACA para interponer su acción popular:

En primer lugar, de acuerdo con el criterio de pertenencia al ordenamiento jurídico, la norma impugnada deberá atender contra el sistema jurídico y no únicamente ante la aplicación en un caso en concreto. En sentido y teniendo en cuenta que, dentro de los fundamentos interpuestos por la parte demandante, esta se interpone ante a Resolución Ministerial N° 365-2017-MC y el Decreto Supremo N° 010-2022-MC, los mismos que reconocen la existencia de pueblos indígenas en aislamiento dentro de la

Reserva Indígena solicitada Napo, Tigre y afluentes. Es claro que nos encontramos ante un supuesto de aplicación a un caso en concreto, pues el proceso de reconocimiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento no atenta contra el sistema jurídico peruano; por el contrario, reconoce y garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento, los cuales se encuentran reconocidos bajo la Ley N° 28736. Por lo tanto, nos encontramos frente a un acto administrativo, mas no ante un proceso de acción popular.

En segundo lugar, de acuerdo con el criterio de generalidad, la acción popular debe sustentarse en la incompatibilidad entre normas de menor jerarquía y la Constitución; sin embargo, en el fundamento de la parte demandante, se alega el derecho al territorio de los pueblos indígenas, el cual se encuentra reconocido por la Constitución, así como también por el Convenio 169 de la OIT. Teniendo en cuenta ello, es importante mencionar que los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario gozan del derecho a la libre determinación, el cual es un derecho que se encuentra reconocido por Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT. De esta manera, la CIDH considera que una de las premisas fundamentales de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, es el respeto al no contacto y a su elección de permanecer en aislamiento¹⁸. En este sentido, una manifestación de su derecho fundamental es la libre determinación, por lo que son necesarias la implementación de políticas públicas que garanticen la protección del territorio que habitan de empresas extractivas, tala ilegal y asentamiento no autorizado en la zona. De acuerdo con lo mencionado por la Corte CIDH “los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y a que los Estados les garanticen su derecho a vivir en sus territorios ancestrales para poder preservar dicha identidad”¹⁹. De esta manera, es claro que no existe incompatibilidad entre la declaración de la existencia de los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo en situación de aislamiento, a razón de la creación de la Reserva indígena solicitada Napo, Tigre y afluentes, pues estos se fundamentan en el derecho a la libre determinación que se les es reconocido.

VI. LA CONSULTA PREVIA

6.1. ¿Qué es la consulta previa?

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Pueblos Indígenas En Aislamiento Voluntario Y Contacto Inicial En Las Américas: Recomendaciones Para El Pleno Respeto a sus Derechos Humanos. Fundamento 21.

<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Pueblos Indígenas En Aislamiento Voluntario Y Contacto Inicial En Las Américas: Recomendaciones Para El Pleno Respeto A Sus Derechos Humanos. Fundamento 22.

<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Pueblos Indígenas En Aislamiento Voluntario Y Contacto Inicial En Las Américas: Recomendaciones Para El Pleno Respeto A Sus Derechos Humanos. Fundamento 21.

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se encuentra respaldado por normativas internacionales vinculantes para las autoridades públicas peruanas. En particular, el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En el ámbito nacional, este proceso está regulado por la Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785), su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC y las sentencias del Tribunal Constitucional.

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (1989) establece que la consulta se dará en relación con medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas. Además, el artículo 15 de este Convenio subraya la importancia de respetar la integridad cultural y social de estos pueblos. Ello también se encuentra regulado por el artículo 2 de la Ley 29785 (2011), el cual establece en qué supuestos se deberá de consultar a los pueblos indígenas, siendo el primero cuando se afecten sus “derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo” y cuando se esté frente a “planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la consulta previa es un mecanismo esencial para proteger los derechos de los pueblos indígenas en el Perú. A través de este proceso, el gobierno peruano puede tomar decisiones más informadas y equitativas al contar con el consentimiento de los pueblos indígenas u originarios, promoviendo así el respeto por la diversidad cultural.

6.2. ¿La consulta previa constituye o no un derecho fundamental?

A partir de lo descrito sobre la consulta previa, se señalan tres razones importantes para considerarla como un derecho fundamental.

6.2.1. El Convenio 169 OIT y la Constitución

El primer reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se encuentra en el Convenio 169 de la OIT. El artículo 6 del Convenio expone que “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Este derecho es reconocido a los pueblos indígenas que cumplan con los criterios objetivos y subjetivos señalados en el artículo 1 del Convenio. Los criterios objetivos son los siguientes: i) descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; y ii) conserve todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. El criterio subjetivo es la conciencia de su identidad indígena. Así, los pueblos que cumplen con estos criterios tienen una herramienta para proteger su derecho.

Posteriormente, este derecho ha sido reforzado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007. La Declaración, en base al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, reconoce por primera vez en el marco de la ONU el derecho a la consulta previa dentro del artículo

19 al establecer que los Estados deberán consultar, antes de adoptar y aplicar medidas que afecten a los pueblos indígenas, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Hoy en día la Declaración constituye un referente en el derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero no se debe olvidar que el primer reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente de la consulta previa fue del Convenio 169 OIT.

El Convenio constituye una fuente de derecho con rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano y es reconocido como un derecho fundamental por la Constitución. Este reconocimiento es el resultado de la interpretación de una serie de artículos de la Constitución. Para empezar, del artículo 55 se extrae que los tratados celebrados por el Perú y que siguen en vigor, son parte del derecho interno. El Convenio 169 OIT ha sido ratificado por el Perú, mediante Resolución Legislativa 26253 de fecha 05 de diciembre de 1993 y entró en vigor para el Perú desde el 02 de febrero de 1995. Así el Convenio forma parte del derecho interno peruano.

Del artículo 3, se tiene que la lista de derechos consagrados dentro del Capítulo I: Derechos Fundamentales de la persona, no son los únicos que pueden tener protección. El artículo mencionado establece que no se excluyen otros derechos que pueden ser reconocidos por su naturaleza análoga, o que se fundan en la dignidad del hombre, principios de soberanía del pueblo, estado democrático de derecho y de forma republicana de gobierno. Es decir, es un sistema de *numerus apertus*. Por lo tanto, dada la naturaleza análoga de los tratados de derechos humanos y que se fundan en el respeto de la dignidad humana, estos tienen rango constitucional.

Esta es también la interpretación del Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en los expedientes 00025-2005-AI/TC y 00026-2005-AI/TC, donde dejó sentado que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional, pues los derechos que reconocen son de idéntico rango (2005, fundamento 33). Además, guarda coherencia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, porque reconoce a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos como parámetro interpretativo sobre los derechos constitucionales, lo que los hace parte integrante del bloque de constitucionalidad.

Por lo tanto, el derecho a la consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas de rango constitucional, el cual si bien no está enmarcado en un artículo dentro de la Constitución sí se encuentra en el Convenio 169 OIT que forma parte del ordenamiento jurídico peruano y tiene rango constitucional.

6.2.2. Evolución de la Consulta Previa en la jurisprudencia del TC

Como señalamos, el Convenio 169 fue ratificado por el Estado peruano, reconociendo así su entrada en nuestro ordenamiento jurídico. Conforme a la Sentencia 00025-2009-PI/TC, “la aprobación del Convenio fue mediante Resolución Legislativa 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994” (Tribunal Constitucional, 2011, fundamento 23).

A partir de lo anterior, se sigue lo regulado en el Artículo 38 del Convenio, el cual señala que el mismo será obligatorio para quienes registren sus ratificaciones al director general (numeral 38.1). Así también, el Convenio entró en vigor para cada Miembro, cuando se cumplan doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación (numeral 38.3). En otras palabras, el Convenio 169 ha sido de obligatorio cumplimiento en nuestro país desde el 2 de febrero de 1995.

Ahora bien, la Resolución N°15 de la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior cita dos sentencias del TC para desarrollar la figura de la consulta previa (02196-2014-PA/TC y 03066-2019-PA /TC). Al respecto, existe un argumento no uniforme, pues se tienen divergencias en cuanto a si es un derecho constitucional o no.

Por un lado, la Sentencia 0022-2009-PI/TC precisó que el contenido protegido del derecho a la consulta previa son los siguientes: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta (2010, fundamento 37). Por ende, el Tribunal Constitucional considera a la consulta previa como un derecho con un contenido protegido. De esta manera, teniendo derechos como la vida, la salud, que cuentan con contenidos constitucionalmente salvaguardados, a la consulta previa se le debe dar la misma importancia como a los señalados.

Sin embargo, en la Sentencia 03066-2019-PA/TC, se indicó que este derecho no se encontraba reconocido en la Constitución ya sea de forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo por no ser un derecho un derecho fundamental y que, la consulta previa que emana del Convenio 169 no le otorga tal denominación como derecho (Tribunal Constitucional, 2022, fundamentos 3 y 4). Sobre el anterior, la posición del Tribunal es totalmente arbitraria, pues no considera al Artículo 3 y su carácter *numerus apertus* en beneficio de reconocer derechos fundamentales a las personas. De igual modo, con la ratificación y vigencia del Convenio 169 de la OIT, su contenido forma parte de nuestro ordenamiento a nivel constitucional por ser un tratado de derechos sobre los pueblos indígenas.

Es así que, nuestra posición viene a ser la expresada en la reciente Sentencia 03326-2017-PA/TC, en donde se enfatiza a la jurisprudencia que reconoce al derecho a la consulta previa como fuente de derecho interno de acuerdo al Artículo 55 de la Constitución y de obligatorio cumplimiento (2023, fundamento 29). Por ende, el Tribunal no puede alegar que ha existido una posición única con respecto a este derecho, porque aun cuando se le haya denominado como un derecho fundamental, se ha intentado desconocer su naturaleza constitucional. En ese sentido, si bien la posición del Tribunal Constitucional no es lineal sobre la consulta previa, este derecho fundamental existe y ya fue reconocido por el mismo.

6.2.3. Principio de progresividad de los Derechos Humanos y otros principios rectores en el Derecho Internacional

En el marco internacional, se han establecido el principio de progresividad, el principio de universalidad, el principio de interdependencia e indivisibilidad, los cuales exigen que los Estados prevengan, investiguen, sancionen y reparen las violaciones a los derechos humanos como lo exige la ley. Así, surgen obligaciones para las autoridades de no cometer acción u omisión que viole los derechos humanos, tomar medidas necesarias para que ninguna persona viole los derechos humanos, hacer efectivos los derechos humanos a través de la toma de medidas necesarias como leyes, políticas públicas y garantías, y tomar medidas para la sensibilización y educación en derechos humanos (CNDH, 2016, p. 5). Así mismo, estos principios que rigen en el derecho internacional y fueron adoptados por nuestro Estado son exigibles en el ordenamiento peruano, por tanto, deberán ser considerados en la Consulta Previa, pues esta figura fue adoptada con el Convenio 169 de la OIT.

En primer lugar, el principio de progresividad supone el progreso gradual para lograr el pleno cumplimiento de los derechos humanos. Así, en el transcurso de tomar medidas a corto, mediano y largo plazo para el cumplimiento de derechos se debe proceder eficaz y expeditamente (CNDH, 2016, p. 9). Así mismo, este principio está estrechamente vinculado con el principio de no regresividad en la protección y garantía de derechos humanos. En tal sentido, se establece bajo este principio que todas las medidas que se tomen respecto a derechos humanos deberán relacionarse con la mejora y el avance efectivo de los derechos.

Por otro lado, el principio de interdependencia e indivisibilidad permite que los derechos sean indivisibles y se vinculen entre ellos; entonces, los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deberán ser comprendidos como un conjunto (CDHN, 2016, p. 12). De este modo, el goce o ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de los derechos, y de modo contrario la violación de un derecho pondrá en riesgo los demás derechos. Así, respecto a las autoridades tendrán que considerar que así se proteja o se vulnere un derecho se genera un efecto sobre los demás derechos.

Finalmente, el principio de universalidad está directamente vinculado con el derecho de no discriminación y el derecho a la igualdad, pues se entiende que los derechos humanos le corresponde a todas las personas, sin distinción. Sin embargo, se debe considerar que existirán ocasiones en las cuales se deberá atender a circunstancias específicas para generar una igualdad real. A modo ilustrativo, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece la realización de ajustes razonables como modificaciones o adaptaciones que se requieran para garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio real de sus derechos.

6.3. Aplicación de la Consulta Previa en el proceso de creación de la Reserva Indígena

6.3.1. ¿Cuándo corresponde aplicar?

Para empezar, el Artículo 5 de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa enfatiza que los titulares de este derecho son los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos se

vean afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa. En atención a ello, podría entenderse que los PIACI son el grupo objetivo a quienes se les debe realizar la consulta en el proceso de creación de la Reserva Indígena; no obstante, considerar tal posibilidad es incorrecta.

De acuerdo con el inciso b), Artículo 4 de la Ley PIACI refleja el derecho a que a estos pueblos se les pueda respetar su decisión en cómo relacionarse con la sociedad. Esto implica tomar en cuenta los dos aspectos siguientes: i) su derecho a la autodeterminación de desarrollarse en la manera elegida por parte de sus miembros y ii) el principio de contacto no deseado. Este último se desprende de la definición del pueblo indígena en situación de aislamiento recogida en el Artículo 2 de la Ley PIACI, el cual refiere que tal comunidad no ha desarrollado relaciones sociales con el resto de la sociedad o que, incluso habiéndose hecho, no se continuaron.

Igualmente, este principio se reconoce en la Resolución Ministerial N° 240-2015-MC para el Protocolo de Actuación ante el hallazgo, avistamiento o contacto con los PIACI. Este enfatiza que las personas que estén próximas a las Reservas deben evitar cualquier contacto con tales pueblos debido a la vulnerabilidad de respuesta inmunológica de sus miembros a través del contacto con poblaciones externas (Ministerio de Cultura, 2015). Entonces, aparte de su derecho a la autodeterminación, el principio de contacto no deseado (mejor conocido como el “principio de no contacto”) se debe a las amenazas que podrían estar expuestos los PIACI por el solo encuentro con personas que no pertenecen a los mismos.

Por lo tanto, los PIACI no son los sujetos activos que ejercen un derecho a la consulta previa, porque ignora su decisión sobre su manera de relacionarse con la sociedad externa y amenaza su propia existencia. Por este motivo, los sujetos activos del derecho son los pueblos indígenas u originarios que no sean PIACI, debiendo cumplir con estar afectados directamente por una medida en atención al Artículo 5 de la Ley N° 29785.

En consecuencia, considerando que el Artículo 17 del Reglamento de la Ley N° 28736 dispone que el reconocimiento de los PIACI se declara mediante Decreto Supremo, se demuestra que tal medida no puede ser materia de consulta previa para las comunidades aledañas, debido a la falta de afectación directa que pudiese perjudicar a los pueblos aledaños a la Reserva Indígena.

En efecto, este reconocimiento para los PIACI tiene un fin declarativo para tomar en cuenta su existencia. Conforme a Priori, el ser declarativa implica reconocer una situación jurídica determinada eliminando cualquier incertidumbre que pueda existir anteriormente (2019, p. 158). Esto se relaciona con la situación de los PIACI, pues solo había una probabilidad de que ellos habitaban en estas áreas previo al EPR; no obstante, después de los trabajos de campo, cuando el Estado reconoce a estos grupos, no hay impacto negativo para las otras comunidades aledañas.

Ahora bien, luego sigue el Estudio Adicional de Categorización (EAC), el cual culmina con el Decreto Supremo que asigna la categoría de Reserva Indígena conforme al Artículo 22 del Reglamento. Al respecto, este EAC lleva a cabo un análisis antropológico, ambiental y jurídico para posteriormente realizar una delimitación del

área de la reserva. En este punto, se observa la posible afectación que habría para las comunidades indígenas aledañas, pues en aquella delimitación pueden encontrarse áreas en donde otros pueblos ya se encuentran asentados desde hace años atrás antes del reconocimiento, o incluso de la solicitud.

En atención a ello, el Artículo 27 del Reglamento indica que “las Reservas Indígenas son espacios geográficos delimitados por el Decreto Supremo de categorización (...)”; por lo que, esto se concatena con el EAC, dado que una vez delimitado aquel espacio se detectan diversas superposiciones o colindancias, las cuales pueden ser con otras Comunidades Nativas, Campesinas, entre otros. Entonces, aquellos pueblos fuera de la reserva pueden alegar una afectación en base al Artículo 5 de la Ley N° 29785 para realizar una consulta previa de la medida propuesta por las autoridades.

En suma, no se evidencia una afectación por el Decreto Supremo N° 010-2022-MC, cuyo objetivo es reconocer a los pueblos que han sido objeto de estudio en el EPR, cuya autorización y procedimiento está detallado en la normativa concerniente a los PIACI, tanto su Ley como Reglamento.

Sin embargo, lo contrario se alega sobre el Decreto Supremo que categoriza la reserva, pues la delimitación del área en el EAC podría ocasionar una afectación a pueblos aledaños, quienes serían parte de una posible consulta previa en el futuro cuando por fin se realiza en EAC (cuyo proceso de elaboración aún ni siquiera se ha iniciado), si es que se evidencia una afectación de derechos de las comunidades nativas colindantes con la delimitación final de la reserva indígena (la cual aún no se ha definido).

6.3.2. ¿Existe verdaderamente una afectación de las comunidades nativas colindantes con respecto al reconocimiento formal de la existencia de los Pueblos Indígenas en Aislamiento de la Reserva Indígena solicitada Napo Tigre?

En principio, el artículo 6 del Convenio 169 OIT afirma que la consulta previa supone la existencia de una medida legislativa o medida administrativa que produzca una afectación directa que impacte en un pueblo indígena. Respecto a la afectación directa esta no puede ser entendida como un daño, sino que debe entenderse como aquella medida capaz de modificar la situación jurídica de un pueblo indígena de forma positiva o negativa. Así, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa en el artículo 3.b establece que “se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”. En este marco se menciona la posibilidad de una afectación, la cual puede ser de impacto negativo o positivo para la comunidad y el ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, cuando se alegue la posibilidad de una afectación corresponde al pueblo indígena probar cómo y en qué medida dicha afectación vulnera el ejercicio de sus derechos, pues ello se menciona en el voto singular del Magistrado Espinosa Saldaña Barrera en la sentencia Exp. N° 03066-2019-PA/TC, cuando sostuvo que es necesario que los pueblos indígenas precisen de forma concreta de qué manera se han manifestado los cambios relevantes y directos en su situación jurídica. De tal modo,

se puede comprobar que los demandantes no cumplieron con adjuntar los medios probatorios de la afectación directa negativa del reconocimiento formal de la existencia de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Aewa, Taushiro, Záparo, Tagaeri y Taromenane, reconocidos oficialmente por el Estado mediante el Decreto Supremo N° 010-2022-MC. Asimismo, en la Sentencia 925/2021 el Tribunal afirmó que los cambios no sólo deben de ser alegados, pues se requiere que los pueblos indígenas expliquen cómo cambia el efectivo ejercicio de sus derechos pues no suele ser advertida por la cultura mayoritaria (Sentencia 925/2021). No obstante, en la misma sentencia el Tribunal denominó “prueba diabólica” a la carga de la prueba y añadió que por lo general es imposible de satisfacer, ya que las autoridades ya tienen preconcepciones, cosmovisiones y prejuicios diferentes a los integrantes de los pueblos indígenas.

Finalmente, respecto a la contestación de la demanda el Procurador sostiene que las disposiciones impugnadas no vulneran el derecho a la consulta previa; seguidamente, sostiene que la parte demandante no acreditó debidamente cómo es que alguna de las disposiciones impugnadas afecta el derecho de propiedad sobre el territorio que ocupan. También señala que la Consulta Previa supone una potencial afectación directa que requiere ser consultada a los PPII, pero como la parte demandante no acreditó la forma cómo se afecta no es necesario recurrir a un proceso de Consulta Previa. No obstante, respecto a la Resolución N° 365-2017-MC disposición también impugnada, el Ministerio de Cultura sí ha tomado medidas para recurrir a un posible proceso de Consulta Previa más adelante cuando se determina la delimitación final de la Reserva Indígena en el EAC (estudio que aún no se ha elaborado), pues dicha categorización de reserva indígena sí podría generar afectaciones en los PPII colindantes dependiendo de la delimitación final de la reserva que recién se definirá en el EAC.

En conclusión, no se cuenta con los requisitos necesarios para considerar realizar una consulta previa en la etapa de reconocimiento de PIACI, en tanto, el Decreto Supremo de Reconocimiento (D.S. N° 010-2022-MC) emitido no constituye una afectación a los derechos de los pueblos indígenas. Además, la consulta previa se hace necesaria sólo si existe una medida legislativa o administrativa susceptibles de afectar el derecho de los pueblos indígenas directamente. En el Artículo 2 de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa, se expone que la consulta se hace sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos; y en el Artículo 9 de la misma ley, se expone que, si existiese una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas. En este sentido, se puede extraer que existe consistencia normativa para determinar que hay 3 requisitos para que la consulta previa pueda realizarse: (1) la existencia de una medida, (2) existencia de un derecho colectivo de los pueblos indígenas capaz de ser afectado y (3) afectación directa de un derecho colectivo.

6.3.3. ¿Los demandantes pueden exigir la Consulta Previa?

Como se ha mencionado, la Consulta Previa surge como respuesta a la afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En consonancia con ello, los demandantes argumentan que el procedimiento de reconocimiento de los PIACI debe de estar sujeto al proceso de consulta previa, ya que esta etapa precede a la creación

de una reserva indígena, supuestamente impactando así en sus derechos sobre la tierra que ocupan. Este argumento contiene dos aspectos a analizar: primero, la fase específica en la que debería llevarse a cabo la consulta previa y; segundo, la evaluación de si se cumplen los requisitos necesarios para su realización.

En relación con el primer punto, es importante destacar que ni la Ley N°28736 ni su reglamento contemplan en su redacción alguna disposición que establezca la obligación de llevar a cabo el proceso de consulta previa. Esto implica que tanto el procedimiento de reconocimiento de la existencia de los PIACI como el estudio adicional de categorización no consideran la consulta previa como un requisito según la redacción original de dicha normativa. Esta situación se mantuvo hasta el año 2017, en el que, a través del Artículo 1 de la Resolución Ministerial N°365-2017-MC, el Ministerio de Cultura incluyó a todo Decreto Supremo que asigne la Categorización (creación) de Reserva Indígena como posible materia de consulta previa, si es que se advierte una afectación directa de los derechos de las comunidades nativas colindantes a la reserva (por ejemplo, si la delimitación final de la reserva indígena se superpone a alguna comunidad nativa colindante entonces sí se tendría que realizar un proceso de consulta previa con aquella comunidad cuyos derechos se podrían ver afectados). De ello se puede inferir que la consulta previa no podrá darse en el proceso de reconocimiento de PIACI, ya que esta etapa preliminar tiene como finalidad la identificación y confirmación de la presencia de estos pueblos, es decir, la declaración de su existencia.

Para el segundo punto, debemos de señalar que no se cuenta con los requisitos necesarios para considerar realizar una consulta previa, pues sobre (1) la existencia de una medida, sí se cumple el requisito en tanto la Ley del Derecho a la Consulta Previa expone que recae sobre medidas administrativas, la cual es definida por el Reglamento de la ley de derecho a la consulta previa como “normas reglamentarias de alcance general”. Así, el Decreto Supremo N°010-2022-MC que reconoce a los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo en situación de aislamiento es una medida administrativa. Sobre (2) existencia de un derecho colectivo de los pueblos indígenas capaz de ser afectado, FECONACA expone que se ha vulnerado el derecho colectivo de la propiedad de los pueblos que forman parte de FECONACA. Efectivamente este es un derecho colectivo reconocido por el artículo 13 del Convenio 169 OIT y también por amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰. Por ello, el derecho colectivo a la propiedad es el que se alega afectación.

Sobre (3) afectación directa de un derecho colectivo, se refiere a verificar que exista una afectación de la medida al derecho colectivo alegado. El reglamento de la Ley del derecho de consulta previa ha definido en el art 3.b que la afectación directa se refiere a que la medida debe producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de sus derechos. En este caso, el Decreto Supremo N°010-2022-MC que reconoce a los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo en situación de

²⁰ Algunos ejemplos son el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001 y el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” sentencia del 27 de junio del 2012.

aislamiento no produce cambios en la situación jurídica de las comunidades que conforman FECONACA ni en el ejercicio de sus derechos.

Considerando que FECONACA no ha expuesto que afecte su situación jurídica, se debe comprobar la afectación de su derecho colectivo a la propiedad. En este sentido, tenemos que el Decreto Supremo de Reconocimiento, en una lectura en conjunto del art 15, 16 y 17 del Reglamento de la Ley PIACI, expone que este decreto reconoce la existencia de PIACI luego de que se confirma la existencia de PIACI, mediante la aprobación del EPR por parte de la Comisión Multisectorial. Aquel recoge las evidencias fehacientes y de rigor científico que sustentan la existencia de PIACI, incluyendo identificar a los pueblos y determinar un estimado de su población y de las tierras que habitan. En este sentido, este decreto no puede afectar el derecho a la propiedad de pueblos indígenas debido a que los PIACI reconocidos existen desde antes de que el decreto supremo sea emitido. La diferencia es que se ha comprobado su existencia. Así, el decreto sólo declara una situación que ya existía y con la que las comunidades que representa FECONACA han vivido siempre, incluso antes de que se emitiera el decreto.

Por otra parte, el reconocimiento de los PIACI no implica una afectación al derecho de propiedad de los pueblos indígenas en tanto, del texto del Decreto Supremo de Reconocimiento, no se puede extraer una restricción al territorio de los pueblos indígenas demandantes. Este tipo de afectación recién se podría materializar cuando se delimite el territorio final de la reserva indígena, lo cual todavía no ocurre porque la delimitación del área de la reserva recién se conocerá cuando se apruebe el Estudio Adicional de Categorización, estudio que aún ni siquiera se ha iniciado su proceso de elaboración. En el estado actual del procedimiento de la creación de la reserva indígena solicitada Napo, Tigre y afluentes, aún no se encuentra en esa etapa. Por ello, no hay afectación al derecho de propiedad de los pueblos indígenas y, por lo tanto, no se cumplen con los requisitos para que proceda la consulta previa por la implementación del Decreto Supremo N°010-2022-MC que reconoce a los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Záparo en situación de aislamiento.

VII. CONCLUSIONES

7.1 DERECHOS DE LOS PIACI Y OBLIGACIONES DEL ESTADO

La salvaguarda de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial se ha elevado a una posición de máxima prioridad en la agenda del Estado peruano, manifestándose a través del desarrollo de políticas específicas y la instauración de un marco normativo diseñado para garantizar de manera integral su protección. Estos derechos abarcan aspectos vitales como la vida, integridad, salud, libre determinación y territorio; y, constituyen pilares esenciales para el respeto y la preservación de la identidad única de estos grupos.

Por otro lado, las obligaciones estatales, cruciales en este contexto, deben llevarse a cabo con extrema cautela y respeto, incluso en ausencia de un reconocimiento formal de su existencia o una categorización oficial de reserva indígena a favor de estos pueblos. La confidencialidad de la información vinculada a los PIACI emerge como un

pilar esencial para resguardar no solo sus vidas e integridad, sino también para preservar su valiosa identidad cultural, subrayando así la responsabilidad del Estado en este delicado equilibrio entre protección y respeto.

El avance en la legislación y jurisprudencia internacional relacionada con los PIACI subraya la importancia de respetar la decisión de estos pueblos de permanecer en aislamiento voluntario como un medio fundamental para preservar sus derechos fundamentales. Este progreso refleja una tendencia hacia una mayor protección de los derechos en armonía con un enfoque de Derechos Humanos, fundamentado en la premisa esencial de proteger a las poblaciones en estados de mayor vulnerabilidad. Este enfoque no solo fortalece la legalidad, sino que también honra la diversidad cultural y la riqueza de la identidad peruana en su conjunto.

7.2 EXISTENCIA DE LOS PIA EN LA SOLICITUD DE RESERVA INDÍGENA NAPO, TIGRE Y OTROS (SRINT)

En la revisión de los cientos de testimonios registrados, así como las fotos aéreas en la solicitud de la reserva indígena Napo, Tigre y Afluentes, se identifican asentamientos y viviendas de PIA con alta concentración de evidencias como por ejemplo avistamientos, encuentros fortuitos, hallazgos de evidencias materiales entre otras. La zona de la SRINT alberga pueblos indígenas en aislamiento de cuatro afiliaciones étnicas: Aewa, Taushiro, Waorani (Tagaeri y Taromenene) y grupos Záparo, con dos tipos de pueblos indígenas en aislamiento de la rama de los Taushiro en la cuenca del río Tigre. Las lenguas de Aewa, Waorani y Taushiro se consideran aisladas.

El Estado peruano a través del Decreto Supremo N° 010-2022-MC ha reconocido a los pueblos indígenas en aislamiento Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Zaparo, correspondiente al ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes.

7.3 CONSULTA PREVIA

La Consulta Previa es un derecho fundamental reconocido en el Convenio 169 de la OIT, vigente en nuestro ordenamiento nacional desde el 2 de febrero de 1995, siendo esto respaldado por la Constitución (Artículo 55), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como por los principios como el de progresividad de derechos humanos y otros referentes en el Derecho Internacional que respaldan esta posición.

En consecuencia, el Decreto Supremo N°010-2022-MC que reconoce a los pueblos indígenas en aislamiento como parte del procedimiento para la propuesta de Reserva Indígena Napo Tigre y afluentes no produce cambios en la situación jurídica de las comunidades aledañas, por lo que, al no comprobarse una afectación directa no es posible llevar a cabo una consulta previa a las mismas. Sin embargo, un caso diferente es la etapa de categorización, en donde al proponerse una delimitación territorial, tales pueblos podrían ser consultados ante una eventual afectación, sin embargo, este escenario no se ha presentado.

7.4 SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y LA CATEGORIZACIÓN DE UNA RESERVA INDÍGENA A SU FAVOR

Para crear una Reserva Indígena es necesario seguir el procedimiento administrativo correspondiente regulado por la Ley N° 28736 y su Reglamento; la cual tiene como principal finalidad reconocer a los Pueblos Indígenas en situación de Aislamiento voluntario y categorizar (crear) reservas indígenas a su favor. Para lograr ello, es necesario que se presente una solicitud por cualquier organización habilitada calificada por ley ante el Ministerio de Cultura para su posterior evaluación por parte del Viceministerio de Interculturalidad. Posteriormente, se deberán llevar a cabo diferentes estudios (Estudio Previo de Reconocimiento – EPR) que sustenten ante la Comisión Multisectorial la existencia de los PIACI, para que se pueda aprobar, a través de un Decreto Supremo, como ha ocurrido en el presente caso en el cual ha reconocido a los pueblos indígenas de la Reserva Indígena solicitada Napo, Tigre y afluentes. Entonces, se deberá llevar a cabo el segundo estudio oficial conocido como el Estudio Adicional de Categorización (EAC) mediante el cual se delimita el área final de la reserva indígena y de aprobarse por la Comisión Multisectorial se oficializa esta decisión mediante la promulgación del Decreto Supremo de Categorización (creación) de la reserva indígena, paso que, en el presente caso, aún no se ha llevado a cabo.

7.5 SOBRE LA ACCIÓN POPULAR

Para plantear una acción popular se deben cumplir con tres criterios: 1) Pertenencia al ordenamiento jurídico, 2) Consunción y 3) generalidad. Lo que no se encuentran presentes en la impugnación de FECONACA. Esto se debe, en cuanto la acción popular es planteada bajo el amparo de un caso en concreto, toda vez que el proceso de reconocimiento de los Pueblos Indígenas en Aislamiento (PIA) de la Reserva Indígena solicitada Napo Tigre no atenta contra el sistema jurídico peruano; por el contrario, garantiza sus derechos reconocidos en la Ley N° 28736 y la propia Constitución. Asimismo, no cumple con el criterio de generalidad, pues se argumenta que el reconocimiento de estos Pueblos Indígenas en Aislamiento (PIA) atentaría contra el derecho al territorio de las comunidades indígenas colindantes; por el contrario, el reconocimiento de la existencia de los PIA de la reserva indígena solicitada Napo, Tigre y afluentes, se sustenta en el derecho a la identidad y libre determinación que reconoce el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

Balbuena Palacios, P. (2022). Tierra, territorio y autonomía: los gobiernos territoriales autónomos en la Amazonía Peruana. *Derecho & Sociedad*, (59), 1-26.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (30 de diciembre de 2013). *Informe sobre Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Pueblos Indígenas En Aislamiento Voluntario Y Contacto Inicial En Las Américas: Recomendaciones Para El Pleno Respeto a sus Derechos Humanos*. Fundamento 21-22.

<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Salas de Derecho Constitucional y Social (2015). I Pleno Jurisdiccional en materias Constitucional y Contencioso Administrativo.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca9e65804bbb079bb028f3683d1737f8/Primer+Pleno+Supremo+Constitucional.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ca9e65804bbb079bb028f3683d1737f8>

Ministerio de Cultura. (2015). *Resolución Ministerial N° 240-2015-MC*. Protocolo de Actuación ante el hallazgo, avistamiento o contacto con pueblos indígenas en aislamiento y para el relacionamiento con pueblos indígenas en situación de contacto inicial. 23 de julio. Consultado el 5 de noviembre en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/213398/rm240.pdf?v=1539858425>

Ministerio de Cultura (2020). Convocatoria: Proceso No. 005/2020 – Proyecto PNUD 00096495-00116255 “Servicio Técnico para la Vectorización de los Objetos Geográficos correspondientes a la Red Vial, Relieve y Ámbito de Zonificación del Estudio de Cartografía Básica del departamento de Ucayali en el marco de la Zonificación Forestal en el marco del Proyecto PNUD 00096495 “Preparando el camino para la plena implementación de la fase de ‘transformación’ de la Declaración Conjunta de Intención (DCI)” – Etapa 2”, 17-19.

<https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2021/01/Proceso-SDP-004-2021-Estudio-Previo-de-Reconocimiento.pdf>

Paucar Baldeon, A. (2021). *Territorio de los PIACI: Una perspectiva desde las Reservas Indígenas como un mecanismo de protección* [Tesis optar el título de Segunda Especialidad]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Presidente de la República. (2016). Decreto Supremo n.° 008–2016-MC del 24 de julio de 2016. Por lo cual se modifica el Reglamento de la Ley n.° 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Contacto Inicial, aprobado por Decreto Supremo n.° 008-2017-MIMDES

Priori, G. (2019). El objeto del proceso. *El proceso y tutela de los derechos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170698/42%20EI%20proceso%20y%20la%20tutela%20de%20los%20derechos%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR3RZ5UzFfurLx7G7VufQwwh22CLyCw4_zD3NaF4X7395H4ypKjSA11khS0

Sentencia del Tribunal Constitucional (2010). Sentencia recaída en el expediente 0022-2009-PI/TC. Más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1089. 09 de junio. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional (2011). Sentencia recaída en el expediente 0025-2009-PI/TC.

8099 ciudadanos contra el Congreso de la República. 17 de marzo. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional (2022). Sentencia recaída en el Expediente 03066-2019-PA/TC. Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra la Resolución 58 expedida por la Sala Civil de la Provincia de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno. 20 de enero. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional (2023). Sentencia recaída en el expediente N° 03326-2017-PA/TC. Comunidad Campesina de Asacasi contra la resolución de folio 381, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac. 6 de junio. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03326-2017-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 00025-2005-AI/TC y 000262005-AI/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>