



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SEGUNDA SALA CONSTITUCIONAL PERMANENTE

Expediente N° : 01798-2022-0-1801-SP-DC-02
Demandante : FEDERACIÓN DE COMUNICADES NATIVAS DEL ALTO CURARAY
ARABELA
Demandado : MINISTERIO DE CULTURA
Materia : PROCESO DE ACCIÓN POPULAR
Vista de causa : 01.08.2023 (28)

RESOLUCIÓN NÚMERO QUINCE

Lima, ocho de agosto
del dos mil veintitrés. -

I. VISTOS

Habiéndose llevado a cabo la Vista de la Causa el día 01 de agosto de 2023, con la asistencia de los abogados de ambas partes procesales y estando a lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 12° del Código Procesal Constitucional – N° 31307, este colegiado integrado por los jueces superiores: Vílchez Dávila, Romero Roca, quien interviene como ponente, y Suarez Burgos, emiten la siguiente decisión judicial.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO

De la demanda

2.1 La Federación de Comunicades Nativas del Alto Curaray y Arabela interpone demanda de proceso de acción popular en contra el Ministerio de Cultura, teniendo como pretensión lo siguiente:

- ✓ Se declaren nulas e ineficaces, con efectos generales, la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, y el Decreto Supremo N° 010-2022-MC , y que la sentencia sea publicada en el diario Oficial El Peruano, por ser inconstitucionales e ilegales.

Señala que la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC , publicada el 29 de setiembre de 2017, aprueba inconstitucional e ilegalmente los procedimientos internos aplicables al Ministerio de Cultura, en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa a pueblos indígenas u originarios, en la medida que se advierta afectación directa a sus derechos colectivos.

Según se consigna en el cuadro insertado en el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, los referidos procedimientos internos, en los que corresponde efectuar los procesos de consulta previa, se refieren en el caso a la categorización de la Reserva Tributaria, frente a lo cual la medida administrativa que se adopta en este dispositivo legal es la dación de un proyecto de Decreto Supremo que asigna esa categoría de Reserva Indígena. Sin embargo, en los hechos, tal como viene sucediendo de manera atentatoria a los derechos fundamentales a la propiedad y autonomía comunales, entre otros, de las Comunidades Nativas pertenecientes a la FECONACA existe de modo manifiesto un procedimiento previo a la categorización de una reserva indígena, que no se ha considerado.

El procedimiento interno omitido en el dispositivo legal es el procedimiento de reconocimiento de un Pueblo Indígena de Aislamiento, procedimiento que lleva de suyo indiscutiblemente y por sentido común la determinación de un área donde se ubica tal pueblo, y este procedimiento interno no contempla la respectiva medida administrativa.

El Decreto Supremo N° 010-2022-MC ha formalizado el reconocimiento de varios Pueblos Indígenas en supuesto aislamiento; sin embargo, dicho procedimiento de reconocimiento no ha desplegado absolutamente ninguna medida administrativa referida a efectuar ningún proceso de consulta previa, situación jurídica de preocupación extrema ya que se están determinando los destinos y el control de una área territorial, pertenecientes a las comunidades nativas que representa, todo lo cual en suma desnaturaliza, limita y cercena abiertamente el ejercicio de su derecho humano de titularidad colectiva.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 010-2022-MC que declaró el reconocimiento de los pueblos indígenas Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Zaparo en situación de aislamiento, correspondientes al ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes, se ha expedido inconstitucional e ilegalmente, al haberse sustentado un Estudio Previo de Reconocimiento, elaborado sin cumplir con sustento técnico alguno y carente de las mínimas evidencias físicas, al efecto expresamente exigibles por la normativa pertinente.

El artículo 15° del Reglamento de la Ley N° 28736 - Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento y en situación de Contacto Inicial, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 008-2016-MC, determina de manera textual cuál debe ser el contenido del análisis antropológico del Estudio Previo de Reconocimiento (EPR), no evidenciándose del análisis efectuado a dicho instrumento antropológico:

- ✓ Evidencias físicas con un periodo no mayor de 03 años
- ✓ Identificación del pueblo
- ✓ Identificación de su población
- ✓ Identificación de las tierras que habitan

En tal sentido, no se ha cumplido con la normativa de observancia obligatoria, aplicable para el reconocimiento y la posterior categorización de un Pueblo Indígena, vulnerándose abiertamente el mandato del artículo 15° modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 008-2016-MC.

De la contestación

2.2 El Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, designado mediante la Resolución Suprema N° 24-2017-JUS, contesta la demanda, negando y

contradiciendo la misma en todos sus extremos, asimismo solicita que sea declarada improcedente o infundada, según sea el caso.

Señala que el Primer Pleno Jurisdiccional en Materias Constitucionales y Contencioso Administrativo se estableció que solo pueden ser normas generales y, por lo tanto, objeto del proceso de acción popular, aquellas disposiciones infralegales que superen los criterios de: i) pertenencia al ordenamiento jurídico, ii) consunción; y, iii) generalidad en sentido estricto.

El Poder Judicial ha interpretado el criterio de generalidad en sentido estricto de manera concordante con su jurisprudencia previa, en la medida que solo si la disposición contiene un mandato impersonal y abstracto, y alcanza a un sector de sujetos indeterminados, se podrá considerar como de carácter general

En relación con el criterio de generalidad, se debe señalar que el Decreto Supremo N° 10-2022-MC no cumple con el mismo, pues sus destinatarios son solo: i) los pueblos indígenas en situación de aislamiento denominados Aewa, Taushiro, entre otros, y ii) el Ministerio de Cultura y otros organismos de la Administración que deben implementar medidas para su protección e iniciar el procedimiento de categorización de la reserva indígena. Por lo tanto, la referida disposición no cumple con el criterio de generalidad. Por ende, se debe declarar improcedente la demanda en el extremo que cuestiona el Decreto Supremo N° 10-2022-MC.

En atención al carácter del proceso de acción popular, solo pueden proceder razones jurídicas que permitan evaluar en abstracto la compatibilidad de la norma impugnada con la Constitución y/o la Ley. Aquellas cuestiones de hecho, situaciones concretas, supuestas afectaciones particulares, de especulaciones o de posibilidades, no pueden ser argumentos susceptibles de análisis por el órgano jurisdiccional en este proceso de carácter objetivo.

Por consiguiente, no corresponde que la Sala tome en consideración los argumentos relacionados con el cuestionamiento de hechos que corresponden a situaciones particulares, los alegatos claramente especulativos y las meras expresiones de disconformidad, que deben ser rechazados por no ser argumentos válidos en este proceso.

La parte demandante solo hace una mención a la supuesta vulneración de diversas normas legales y constitucionales, pero no expresa razones, o no las expresa con suficiente claridad, sobre cómo las normas cuestionadas afectan dichas disposiciones, por lo que, como señaló la Corte Suprema en la sentencia del Expediente N° 175-2006, corresponde desestimar las demandas que no se encuentran adecuadamente fundamentadas.

La parte demandante no ha desarrollado una argumentación adecuada, la Sala deberá aplicar el principio de presunción de constitucionalidad y legalidad de las normas infralegales, además, tampoco ha desarrollado argumentos jurídicos suficientes que demuestren que la norma impugnada vulnera alguna norma legal o constitucional, por lo que se solicita desestimarla.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la finalidad del derecho a la consulta no es otorgar un derecho al veto a los pueblos interesados, ni tampoco un mecanismo para presionar o condicionar los términos en que se realizará alguna actividad económica, sino promover el diálogo intercultural y procurar un acuerdo entre los pueblos interesados y el Estado antes del inicio de determinadas actividades.

El artículo 15° de la Ley N° 29785 señala que, aunque el proceso de consulta tiene como finalidad alcanzar un acuerdo, en caso de que ello no se logre o se alcance solo un acuerdo parcial, el Estado decidirá aprobar o desaprobar la medida consultada, protegiendo los derechos de los pueblos interesados e incorporando su opinión en lo posible.

Conforme al mencionado artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, un proceso de consulta a los pueblos interesados debe realizarse respecto de “las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En ese sentido, la Ley N° 29785, su Reglamento y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han establecido criterios para determinar qué medidas implicarían una afectación directa de los pueblos interesados o indígenas.

La parte demandante no solicita expulsar del ordenamiento jurídico algún extremo de la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, por ello debe desestimarse su pretensión con relación a esta disposición, que no corresponde a los fines del proceso de acción popular, a través del cual solo se puede expulsar una norma del ordenamiento jurídico por ser inconstitucional o ilegal.

El reconocimiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial no implica la delimitación del territorio de la reserva indígena, pues ello se produce solo cuando, habiendo concluido dicho procedimiento, se desarrolla el de categorización de la reserva indígena.

No sería viable realizar un proceso de consulta previa a los Pueblos Indígenas en Aislamiento, pues ello afectaría la protección de otros de sus derechos y el principio de no contacto, por lo que los procesos de consulta previa solo podrían realizarse a los pueblos interesados o indígenas, pero no a los que son pueblos indígenas en situación de aislamiento o con contacto inicial.

La parte demandante no ha acreditado que alguna de las disposiciones impugnadas implique una intervención o vulneración respecto del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas o comunidades que representan sobre las tierras que ocupan o respecto de otros derechos, por lo que no se genera una afectación directa.

Se debe tener presente que se está tramitando un proceso de amparo en el que se ha planteado una controversia similar, pues en la demanda respectiva se establece como pretensión principal declarar la nulidad del procedimiento de reconocimiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y el inicio del procedimiento de creación de la Reserva Napo, Tigre y afluentes, y como pretensiones accesorias requerir a la parte demandada que se realice el proceso de consulta previa a los pueblos o comunidades indígenas vinculados a FECONACA, así como se garantice su participación en tales procesos.

En dicho proceso de amparo se intenta declarar nulo el Decreto Supremo N° 010-2022-MC, y en donde el ahora demandante también es parte del referido proceso y dicha demanda se basa en argumentos similares a los que se han presentado en el presente proceso.

2.3 La norma cuestionada y las disposiciones infringidas

Normas infralegales cuestionadas	Normas superiores infringidas										
<p>➤ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 365-2017-MC</p> <table border="1" data-bbox="363 383 882 656"> <thead> <tr> <th>Procedimientos internos</th> <th>Medidas administrativas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de los bienes inmuebles con valor arqueológico</td> <td>Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación a un inmueble o monumento arqueológico prehispánico.</td> </tr> <tr> <td>Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas colonial, republicana y contemporánea</td> <td>Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas virreinal, republicana y contemporánea.</td> </tr> <tr> <td>Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de paisaje cultural</td> <td>Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación a un paisaje cultural.</td> </tr> <tr> <td>Categorización de Reserva Indígena</td> <td>Proyecto de Decreto Supremo que asigna la categoría de Reserva Indígena.</td> </tr> </tbody> </table> <p>Artículo 1.- Consulta previa y procedimientos internos aplicables. Aprobar los procedimientos internos del Ministerio de Cultura en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa, en la medida que se advierta afectación directa a los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios, según se detallan a continuación:</p> <p>Artículo 2.- Órganos competentes para el proceso de consulta previa El desarrollo del proceso de consulta comprende las siguientes acciones, estando a cargo de los siguientes órganos competentes:</p> <p>2.1. La etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios y el análisis de las posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios es efectuada por la Dirección de Consulta Previa de la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, a solicitud y en coordinación con los órganos competentes de las medidas administrativas señaladas en la presente resolución.</p> <p>2.2. El desarrollo de las reuniones preparatorias es efectuado por la Dirección de Consulta Previa de la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, con la participación directa y permanente de los órganos competentes de las medidas administrativas señaladas en la presente resolución.</p> <p>2.3 Las etapas de publicidad, información, evaluación interna, diálogo y decisión del proceso de consulta previa serán desarrolladas por los órganos competentes de las medidas administrativas, en coordinación con la Dirección de Consulta Previa de la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura.</p> <p>Artículo 3.- Asistencia técnica en el procedimiento de consulta previa La Dirección de Consulta Previa de la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, brinda capacitación y asistencia técnica a los órganos competentes de las medidas administrativas señaladas en el artículo 1 de la presente resolución, para el desarrollo de las etapas del proceso de consulta previa correspondientes, conforme a la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y</p>	Procedimientos internos	Medidas administrativas	Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de los bienes inmuebles con valor arqueológico	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación a un inmueble o monumento arqueológico prehispánico.	Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas colonial, republicana y contemporánea	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas virreinal, republicana y contemporánea.	Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de paisaje cultural	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación a un paisaje cultural.	Categorización de Reserva Indígena	Proyecto de Decreto Supremo que asigna la categoría de Reserva Indígena.	<p>1. Artículo 88° y 89° de la Constitución Política del Perú</p> <p>Artículo 88°.- Régimen Agrario El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.</p> <p>Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.</p> <p>Artículo 89° Comunidades campesinas y nativas Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.</p> <p>Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.</p> <p>El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.</p> <p>2. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales</p> <p>El Convenio 169 de la OIT se basa en el respeto de las culturas y los estilos de vida de los pueblos indígenas y tribales y reconoce su derecho a definir sus propias prioridades para el desarrollo.</p> <p>Sus dos postulados básicos son:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Su derecho a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias. ➤ Su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. <p>Este instrumento jurídico promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado.</p> <p>3. Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas - Ley 29785</p> <p>La Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la organización internacional del trabajo (OIT), Desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se Interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.</p>
Procedimientos internos	Medidas administrativas										
Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de los bienes inmuebles con valor arqueológico	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación a un inmueble o monumento arqueológico prehispánico.										
Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas colonial, republicana y contemporánea	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas virreinal, republicana y contemporánea.										
Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de paisaje cultural	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación a un paisaje cultural.										
Categorización de Reserva Indígena	Proyecto de Decreto Supremo que asigna la categoría de Reserva Indígena.										

<p>demás normativa vigente.</p> <p>Artículo 4.- Materia presupuestal El órgano competente del Ministerio de Cultura en materia de planificación y presupuesto, realizará las gestiones para garantizar los recursos económicos correspondientes para la implementación de las etapas de los procesos de consulta previa que se realicen considerando lo dispuesto en el artículo 2 de la presente resolución.</p> <p>Artículo 5.- Publicación Disponer la publicación de presente resolución en el diario oficial El Peruano, así como en el portal institucional del Ministerio de Cultura (www.cultura.gob.pe).</p> <p>Artículo 6.- Procedimientos internos en trámite Los procedimientos internos previstos en el artículo 1 de la presente resolución que se encuentren en trámite, se adecúan a las disposiciones establecidas en la presente disposición y a las normas que regulan el derecho a la consulta previa.</p> <p style="text-align: center;">➤ <u>DECRETO SUPREMO Nº 010-2022-MC</u></p> <p>Artículo 1.- Reconocimiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento Declárese 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.</p> <p>Artículo 2.- Garantía de derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento Garantícese la protección de los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento señalados en el artículo precedente, mediante la implementación de los mecanismos y medidas pertinentes para su protección, los cuales serán coordinados y articulados por el Ministerio de Cultura con todos los sectores del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Locales correspondientes.</p> <p>Artículo 3.- Procedimiento de categorización De conformidad con el literal b) del artículo 3 de la Ley Nº 28736, realícese el procedimiento de categorización de las Reservas Indígenas respectivas, dentro del plazo previsto en la mencionada Ley; bajo la dirección del Ministerio de Cultura.</p>	<p>4. Reglamento de la Ley Nº 29789 - Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (D.S. 001-2012-MC)</p> <p>El presente Decreto Supremo aprueba el Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que se aplica a las medidas administrativas y legislativas que les afecten directamente.</p> <p>El Reglamento tiene por objeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso. ➤ Establecer que el derecho a la consulta se ejerce conforme a la definición, finalidad, principios y etapas del proceso establecidos en la Ley y en el Reglamento. ➤ Establecer que el derecho a la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes. ➤ Establecer que el Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. ➤ Establecer que el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.
---	---

III. SANEAMIENTO PROCESAL

3.1 De acuerdo a la resolución N°01 de fecha 21 de octubre de 2022, auto admisorio de la instancia, este Colegiado constitucional dispuso admitir la presente demanda de acción popular, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 200° inciso 5) de la Constitución que precisa que este tipo de proceso se trata de una garantía constitucional que procede por infracción de la Constitución y de la ley, que procede contra normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede apreciar que la controversia en el presente caso consiste en determinar si corresponde declarar la ilegalidad e inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC y el Decreto Supremo N° 010-2022-MC, solo en sus respectivos extremos cuestionados en la demanda.

Sin embargo, antes de entrar al fondo de la controversia, resulta necesario señalar que la acción popular es una garantía constitucional reconocida en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Estado, que procede contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, que infrinjan la Constitución o la ley.

El artículo 75^{o1} del Código Procesal Constitucional, establece que se puede interponer demanda de acción popular contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, entre otros supuestos. De no contar con el carácter de general no es procedente su cuestionamiento mediante la acción popular.

El Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo dado por la Corte Suprema de Justicia de la República relativo a la identificación de las normas objeto de control en los procesos de acción popular y si es posible de ser objeto de control a través de la acción popular, esto es, los criterios para determinar si la norma infralegal cuestionada forma parte o no del ordenamiento jurídico, consecuentemente, para que pueda ser cuestionada mediante el proceso de acción popular.

Así, estableció los siguientes criterios que el juez constitucional debe verificar para determinar si la norma infralegal objeto de control de legalidad y constitucionalidad cumple o no con el requisito de procedencia establecido en el artículo 75° del Código Procesal Constitucional:

- a) Se debe tratar de una actuación infralegal general que se incorpora como fuente de derecho en nuestro ordenamiento jurídico (**Pertenencia**).
- b) La norma infralegal general debe tener vocación de permanencia en nuestro ordenamiento jurídico, para que surta sus efectos de manera indeterminada y que no se consuman o agotan sus efectos en un solo acto de aplicación (**Consunción**).
- c) La norma infralegal también debe de cumplir con las características de abstracción e impersonalidad, de modo tal que está destinada de manera indeterminada de sujetos o de manera general (**Generalidad**).

Por su parte, el artículo 76 del Código Procesal Constitucional, ratifica que la demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley o, cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

¹ **Artículo 75. Procedencia de la demanda de acción popular**

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. Las demandas contra resoluciones o actos no normativos son objeto del proceso contencioso-administrativo. No implica sustracción de la materia, la derogación de la norma objeto del proceso ni la convalidación posterior por norma con rango de ley.

En consecuencia, la finalidad de la demanda de acción popular es revisar la constitucionalidad y legalidad de toda norma con rango infralegal que sea de carácter general, siendo necesario el análisis de los parámetros de pertenencia al ordenamiento jurídico, consunción y generalidad para establecer si los actos cuestionados cumplen o no con este requisito de procedencia (carácter general).

3.2 Respetto del Decreto Supremo N° 010-2022-MC, que se cuestiona no cumple con el requisito de procedencia de ser una norma infralegal de carácter general.

En principio, se advierte que mediante Decreto Supremo N° 010-2022-MC, se declaró el reconocimiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento, tales como: Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Zaparo, correspondiente al ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Napo, Tigre y Afluentes, ubicada en el departamento de Loreto. Así como la garantía y protección de sus derechos mediante la implementación de los mecanismos y medidas pertinentes para su protección, los cuales serán coordinados y articulados por el Ministerio de Cultura con todos los sectores del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Locales correspondientes.

En ese contexto, el Decreto Supremo N° 010-2022-MC no puede considerarse como una norma de carácter general, por cuanto, fue emitido solo para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas [Aewa, Taushiro, Tagaeri, Taromenane y Zaparo], quienes se encuentran en situación de aislamiento voluntario y ubicados en el departamento de Loreto, por lo que, en principio, no sería susceptible de ser cuestionada en una demanda de acción popular.

En efecto, no se trata de una norma infralegal que tenga por finalidad surtir sus efectos a una serie de situaciones de manera indeterminada, pues agota sus efectos en un solo acto de aplicación concreta y a favor de determinados pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, es decir, no cumple con el requisito de consunción.

De similar manera, tampoco cumple con el requisito de generalidad, dado que no cumple con las características de abstracción e impersonalidad, puesto que no está destinada a una serie indeterminada de personas o sujetos o de manera general, sino tiene beneficiarios concretos y determinados.

Por lo tanto, al no cumplir el acto objeto de control abstracto, cuestionado en este proceso de acción popular (Decreto Supremo N° 010-2022-MC), con el requisito de procedencia de ser una norma infralegal general, corresponde ser desestimado de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

3.3 Respetto al requisito de procedencia de ser una norma infralegal de la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC

Ahora bien, Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, cuestionado, se trata de una norma de carácter general destinada a aprobar de manera general los procedimientos internos del Ministerio de Cultura en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa, en la medida que se advierta afectación directa a los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios, respecto de la cual se denuncia que contraviene el artículo 88° y 89° de la Constitución Política del Perú, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas – Ley 29785, y el Reglamento de la Ley N° 29789 – Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (D.S. 001-2012-MC).

La Resolución Ministerial cuestionada, objeto de control abstracto, cumple con los siguientes requisitos: a) Se trata de una actuación reglamentaria que se incorpora como fuente de derecho en nuestro ordenamiento jurídico que resulta aplicable de manera general a todos los pueblos indígenas u originarios (Pertinencia). b) Este Reglamento, en tanto, tiene vocación de permanencia en nuestro ordenamiento jurídico, para que surta sus efectos de manera indeterminada y que no se consuman o agotan sus efectos en un solo acto de aplicación (Consunción). Y, c) El reglamento cuestionado cumple con las características de abstracción e impersonalidad, de modo tal que está destinada a los pueblos indígenas u originarios, para efectuar procesos de consulta previa en los casos ahí establecidos, de manera indeterminada o general (Generalidad).

3.4 La demanda de acción popular, respecto de esta norma, cumple con los requisitos de admisibilidad y de procedencia, además de haber sido presentada antes del vencimiento del plazo de prescripción y ante órgano jurisdiccional competente, cual es la Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima, de acuerdo a los requisitos establecidos en los artículos 75°, 84° inciso 2), 85°, 86°, 87° y 90° del Código Procesal Constitucional.

Asimismo, se ha realizado un debido emplazamiento en el presente proceso de control abstracto, la publicación del edicto y la realización de la audiencia, momento en que las partes han podido expresar oralmente los fundamentos de sus respectivas posiciones sobre la presente controversia constitucional.

Siendo ello así, corresponde declarar saneado el proceso y la existencia de una resolución jurídica procesal válida, solamente respecto de la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC; máxime, si la entidad demandada no ha formulado excepciones y siendo que el Colegiado es competente para conocer la presente controversia de constitucionalidad de las normas infralegales, además de que concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción para emitir un pronunciamiento válido; por lo tanto, de acuerdo al artículo 465° del Código Procesal Civil, aplicable subsidiariamente, se declara saneado el proceso y en consecuencia la existencia de una relación jurídico procesal válida. Por ello, corresponde emitir una decisión sobre el fondo de la presente controversia constitucional de carácter abstracto.

IV. CONSIDERANDO

De los procesos constitucionales de acción popular

4.1 El proceso constitucional de acción popular es aquel que puede ser instaurado por cualquier ciudadano, independientemente de que la norma impugnada lo afecte o no, pues procede ante un supuesto que perjudique a la colectividad. A través de este proceso se reconoce la posibilidad de que cualquier ciudadano defienda un interés que no le concierne como simple particular, sino como miembro de una determinada colectividad.

En otros términos, el proceso constitucional de acción popular está pensado en una suerte de control ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración Pública y, sobre todo, para el caso del Gobierno, en tanto que mediante la actividad que le es propia, puede vulnerar las leyes y la Constitución.

4.2 En este sentido, el artículo 200° numeral 5) de la Constitución Política del Estado, establece como garantía constitucional la acción popular, y la configura como aquel proceso constitucional contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y

decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, por infracción de la Constitución y de la ley.

En dicho contexto normativo, en el proceso de acción popular se toma como parámetro de control a la Constitución o la ley, de modo tal que la norma de rango infra legal se somete a un juicio de compatibilidad con las normas de rango legal y con la Constitución, en razón a que las normas reglamentarias como decretos supremos, resoluciones ministeriales, viceministeriales, directorales, entre otras, son susceptibles de incurrir en infracción total o parcial, directa o indirecta por el fondo o por la forma conforme al artículo 74° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

4.3 Dicha previsión se encuentra precisada en el artículo 75° del Nuevo Código Procesal Constitucional cuando señala que: “La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso”. Debe entenderse que el parámetro normativo de control debe ser una norma vigente y no derogada.

4.4 Al igual que el proceso de inconstitucionalidad, el de acción popular es uno de control concentrado y de carácter abstracto, en tanto que el juez constitucional observará su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución y sus leyes de desarrollo –a diferencia del control difuso- con independencia de su vinculación con un caso en particular. Asimismo, sus efectos serán erga omnes, esto es, oponibles a todos, y significarán la exclusión de la norma inconstitucional e ilegal de nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0022-2004-AI/TC, ha señalado que: “El artículo 51 de la Constitución, que consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía de la Constitución, dispone que la Constitución Prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Conforme al sistema de fuentes diseñado por la Norma Suprema y a sus artículos 51, 200 inciso 4), 102 inciso 1) y 106, la categoría normativa de leyes...”

4.5 Por su parte, el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución establece los límites de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, en virtud del cual el reglamento no puede transgredir ni desnaturalizar las leyes que presente reglamentar. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la STC N° 0001 y 0003-AI-TC precisa también que: El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro lado, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad.”

V. LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL

Carácter normativo de la Constitución

5.1 La Constitución, además de ser una norma política, es una norma jurídica en la medida que es fuente directa y primordial del derecho y también fuente de las demás fuentes en la medida que ordena el modo de producción jurídica.

Así, la Constitución es el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben

guardarle lealtad y fidelidad. Cuando una norma entra en conflicto con la Constitución se abre la posibilidad de declararla inválida, independientemente de su origen, con el alcance que el mismo ordenamiento constitucional ha previsto. (Expediente 00013-2020-PI/TC)

En el Estado democrático contemporáneo la Constitución no sólo es norma jurídica con fuerza vinculante que vincula a los poderes públicos y a todos los ciudadanos, sino que también es la norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico. Esto es así porque la Constitución, a partir del principio de supremacía, sienta las bases sobre las que se edifican las diversas instituciones del Estado (Sentencia 02835-2008-PHC/TC, fundamento 5)

Y es que, a todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200 de la Constitución). La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental (Sentencia 05854-2005-AA/TC, fundamento 8).

Derecho a la consulta previa

El derecho a la consulta previa en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado por el Convenio 169 OIT, y la Ley 29785, ley que regula la consulta previa, y su Reglamento, las cuales alude a los "pueblos indígenas u originarios" y son estos los que cumplen los criterios objetivos y subjetivos² señalados por el Convenio 169, artículo 1, incisos 1 y 2 para ser titulares de este derecho, en concordancia con los artículos 88 y 89 de la Constitución³.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 17 del Exp. N° 022-2009-PI/TC⁴ precisó que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural, el cual debe activarse en cada oportunidad que una medida administrativa o medida legislativa sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas u originarios. El derecho a la consulta previa es obligatorio y sus resultados son vinculantes.

Asimismo, el intérprete supremo de la Constitución también ha establecido como regla general que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio 169 la consulta debe ser llevada a cabo "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", siendo éste el objetivo de la consulta, empero ello no

² 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; ii) mantener completamente o en parte las prácticas y costumbres. El criterio subjetivo es la conciencia de su identidad o autoidentificación. Así, puede darse el caso, en estricto, de que haya comunidades campesinas o nativas que no formen parte de un pueblo indígena u originario, así como pueblos indígenas u originarios que no estén organizados en comunidades. Esta situación es recogida normativamente por la Ley 29785, que, en su artículo 7 señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. (STC EXP. N° 02196-2014—PA/TC).

³ El Tribunal Constitucional ha precisado que: "3. Sin embargo, el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido en la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental. 4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental..." (STC EXP. N° 03066-2019—PA/TC)

⁴ De acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tercer párrafo, los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

implica una condición, en el sentido que de no arribarse a un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas necesariamente significaría la nulidad de la medida administrativa o legislativa tomada, es decir, no existe un poder de vetar las medidas estatales o que si los pueblos indígenas no dan su consentimiento a la medida, ello no implica que la medida no pueda llevarse a cabo.

Aquella es la regla general, sin perjuicio ello corresponde también señalar que en algunos casos específicos que se afecte en forma directa su territorio sí se tendrá que requerir el consentimiento previo de los pueblos indígenas para implementar las medidas. Así, por ejemplo, lo establecido en el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 0001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785 (Ley del Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la UIT, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253), establece que no se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas.

La medida legislativa o medida administrativa, como un plan de desarrollo o proyecto de inversión pública o privada dentro del territorio de los pueblos indígenas u originarios que puedan generar una afectación directa o impacto profundo en sus otros derechos fundamentales, no solo requiere del deber de consultar, sino también de debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones (Sentencia de la Corte IDH, caso Pueblo Saramaka).

El derecho a la propiedad

5.3 El Tribunal Constitucional en la STC 0005-2006-PI/TC (fundamento 40), ha reiterado que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darles destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. “Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2°, si no también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70°, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad”. Pero, además, la Constitución reconoce su artículo 88° el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal.

VI. FACULTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTERIO DE CULTURA

6.1 La Constitución Política del Perú, en su artículo 118° inciso 8), establecen como competencia del Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

El Ministerio de Cultura es el órgano del Poder Ejecutivo del Perú encargado del sector de cultura y es el ente rector en materia de pueblos indígenas u originarios, incluyendo los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial. Su misión es concertar, articular y coordinar la política de implementación del derecho a la consulta previa.

La Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente; y es interpretada conforme a las obligaciones establecidas en el mencionado instrumento internacional.

La resolución ministerial cuestionada tiene por objetivo aprobar los procedimientos internos del Ministerio de Cultura en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa, en la medida que se advierta afectación directa a los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios. En el caso específico de esta demanda, se refiere al “Procedimientos internos de categorización de reserva indígena”.

En ese sentido, en principio, la resolución ministerial infralegal cuestionada, se encuentra protegido por la presunción de validez y legalidad. Se trata de la figura jurídica que parte del principio de que toda norma emitida por una autoridad pública tiene presunción de legalidad y validez, es decir, se presume que dicha norma es legal y cumple con todos los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes.

Esta presunción de legalidad y validez constitucional se basa en el hecho de que las autoridades públicas que emiten normas tienen la obligación de cumplir con las disposiciones constitucionales y legales aplicables, y que dichas normas son revisadas y supervisadas por otros órganos de control, como el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. Sin embargo, esta presunción de legalidad y validez no implica que las normas infralegales emitidas por las autoridades públicas sean infalibles o que no puedan ser impugnadas, para ello existe el proceso constitucional de acción popular que permite cuestionar la legalidad o constitucionalidad de una norma de rango infralegal, sin necesidad de que exista un caso concreto en el que se haya aplicado dicha norma, es decir, de manera abstracta y concentrada.

VII. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

7.1 El Colegiado advierte que un punto en controversia que debe ser materia de pronunciamiento es:

- A.** Determinar si mediante el presente proceso de control abstracto y concentrado se puede declarar la inaplicabilidad de la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, por cuanto, se afirma que vulnera el derecho a la consulta previa de las comunidades nativas y conculca su derecho inalienable al uso y disfrute de sus tierras, toda vez que mediante ella se pretende la categorización de reserva indígena sobre tierras de propiedad comunales, sin mediar previamente el desarrollo del proceso consultivo previo que permita legitimar dicha intervención.

VIII. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En este estado corresponde a la Sala Constitucional Superior pronunciarse sobre la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de la norma reglamentaria cuestionada en este proceso de acción popular, pero de manera abstracta y sin analizar vulneración de ningún caso en concreto, para lo cual será necesario tomar en consideración los fundamentos contradictorios expresados por ambas partes.

8.1 Respeto del punto en controversia A

Posición de la Asociación demandante

La Federación demandante señala que la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, atenta sus derechos fundamentales a la propiedad y autonomía comunales, entre otros, de las Comunidades Nativas pertenecientes a la FECONACA, pues existe de modo manifiesto un procedimiento previo a la categorización de una reserva indígena, que no se ha considerado, pues en el reconocimiento de Pueblos Indígenas de Aislamiento, se ha omitido el procedimiento de determinación de un área donde se ubican tales pueblos en aislamiento,

En otras palabras, afirma que la Resolución Ministerial cuestionada, que aprueba los procedimientos internos del Ministerio de Cultura para efectuar los procesos de consulta previa, vulneran abiertamente los parámetros constitucionales nacionales y supranacionales, no solo respecto del derecho a la consulta previa de las comunidades campesinas pertenecientes a FECONACA, a pesar que se trata de una decisión administrativa que afecte sus intereses, sino también por haberse conculcado sus derechos comunales al uso y disfrute de sus tierras de propiedad comunal, sin mediar “previamente” el desarrollo del proceso consultivo previo que permita legitimar la intervención sobre sus tierras comunales.

Posición de la Procuraduría Pública en Materia Constitucional

Señala que la finalidad del derecho a la consulta no es otorgar un derecho al veto a los pueblos indígenas u originarios, ni tampoco un mecanismo para presionar o condicionar los términos en que se realizará alguna actividad económica, sino promover el diálogo intercultural y procurar un acuerdo entre los pueblos indígenas u originarios y el Estado antes del inicio de determinadas actividades.

El reconocimiento de los pueblos indígenas en aislamiento y con contacto inicial, como ha ocurrido en el Decreto Supremo N° 010-2022-MC, no implica la delimitación del territorio de la reserva indígena, pues ello se produce solo cuando, habiendo concluido dicho procedimiento, se desarrolla el de categorización de la reserva indígena.

El proyecto del decreto supremo que asigna la categoría de reserva indígena, sí puede ser objeto de un proceso de consulta previa, por lo que la Administración ha adoptado las medidas necesarias para garantizar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas o comunidades que podrían verse afectados durante la fase de categorización de una reserva indígena de pueblos en aislamiento.

8.2 Consideraciones de la Sala sobre el punto A

Se advierte de la demanda, en este punto en controversia, busca mediante el proceso de control abstracto de control de constitucionalidad y legalidad de las normas infralegales se declare inconstitucional e ilegal la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, por cuanto, se afirma que vulnera el derecho a la consulta previa de las comunidades nativas que pertenecen al FECONACA, pues se estaría conculcando su derecho inalienable al uso y disfrute de sus tierras, al haberse expedido el Decreto Supremo N° 010-2022-MC que reconoce a una serie de pueblos indígenas en situación de aislamiento, y se pretendería la “categorización de reserva indígena” a favor de éstos sobre sus tierras de propiedad comunales, pero sin mediar previamente el desarrollo del

proceso consultivo previo que permita legitimar dicha intervención, a pesar que se les va a afectar en sus tierras comunales.

En principio, el Colegiado advierte que la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC,⁵ se limita a aprobar los procedimientos internos del Ministerio de Cultura en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa, en la medida que se advierta afectación directa a los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios, el cual tiene sustento en la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (PPII), reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Dicha norma debe ser concordada con el Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC; que en su literal b) de su artículo 3° establece que se considera que una medida administrativa afecta directamente al o 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; asimismo, el literal g) del citado artículo, contempla que las entidades promotoras son aquellas entidades públicas responsables de dictar medidas administrativas que serán objeto de consulta, entre las que se encuentran los Ministerios, a través de sus órganos competentes.

Asimismo, la Ley N° 28736 - Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI), tiene como finalidad establecer el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad. Es así, que el Estado garantiza los derechos de los mencionados pueblos, asumiendo la obligación de reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, así como establecer reservas indígenas⁶, lo que se advierte ha ocurrido con la expedición del Decreto Supremo N° 010-2022-MC.

Además, de acuerdo a los Informes N° 000592-2017/ D GPC/VMPCIC/MC, N° 000387-2017/DGPA/VMPCIC/ MC y N° 000422-2017/OGPP/SG/MC, la Dirección General de Patrimonio Cultural, la Dirección General de Patrimonio Arqueológico Inmueble y la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, emiten opinión favorable a la propuesta efectuada [que se aprueben los procedimientos internos del Ministerio de Cultura en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa, en la medida que se advierta afectación directa a los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios]; por la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁵ Esta norma infralegal tiene sustento formal en la competencia dispuesta en el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; el numeral 3 del artículo 11 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC; Ley N° 28296, Ley General de Patrimonio Cultural de la Nación y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-ED; Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura y su Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2013-MC; Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

⁶ Artículo 4.- **Derechos de los miembros de los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial**

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; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida [...] **f)** Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria

En efecto, el Colegiado, luego de haber realizado una interpretación sistemática de las normas antes citadas y de los derechos fundamentales involucrados, llega a la conclusión que la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC no infringe la Constitución y las leyes, por cuanto, fue expedido en base a la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (PPII), y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC; la Ley de creación del Ministerio de Cultura y su Reglamento de Organización y Funciones, y la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial; por cuanto, las normas antes citadas permiten que el procedimiento interno del Ministerio de Cultura denominado “Categorización de reserva indígena” y, en particular, el proyecto de decreto supremo que asigna la categoría de reserva indígena, el cual sí pueda ser objeto de un proceso de consulta previa, siempre que se vayan a afectar tierras comunales de otros pueblos indígenas u originarios, que si tienen contacto o están reconocidos por el Estado.

Además, la resolución ministerial cuestionada tampoco transgrede ni desnaturaliza la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (PPII), y su Reglamento, pues se encuentra protegido por la presunción de validez y legalidad, al disponer el reconocimiento de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y/o situación de contacto inicial, como fase previa al procedimiento de categorización de una reserva indígena, el cual no constituye una medida abstracta que necesariamente signifique una vulneración en el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas que están reconocidos por el Estado y sobre las tierras que ocupan, respecto de las cuales también podrían ser establecidas como reservas indígenas para pueblos en aislamiento voluntario. Además, dicho reconocimiento no implica la delimitación del territorio de la reserva indígena, pues ello se produce solo cuando, habiendo concluido dicho procedimiento, se desarrolla el de “categorización de la reserva indígena”, siendo una etapa posterior en la que se puede realizar la consulta previa a las comunidades o pueblos que puedan verse afectadas de manera directa e individual.

8.3 En cuanto a la vulneración del derecho a la consulta previa, cabe precisar que el artículo 6° inciso a) del Convenio 169 establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, 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**”

Asimismo, artículo 2° de la Ley N° 29785 - Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, establece que el derecho a la consulta es:

“El derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser **consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos**, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional **que afecten directamente estos derechos**”.

Su artículo 9° señala que:

“Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta
Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas. [...]”

A su vez, su artículo 15° señala que:

“La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo” [...].

El artículo 3° literal b) del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, prescribe que:

“[...] una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o 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”.

8.4 En tal contexto, el derecho a la consulta previa, tiene como finalidad realizar el diálogo intercultural que promueva acuerdos entre los pueblos indígenas y el Estado sobre las medidas que los afecten, sin que ello signifique otorgar un derecho a veto, por lo que este derecho garantiza si la consulta es oportuna, previa, informada y de buena fe. En caso no se alcance un acuerdo, el Estado podrá implementar la medida consultada debiendo garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas e incorporando en lo posible lo planteado por ellos en el proceso de consulta, para lo cual debe de cumplir las siete etapas mínimas de dicho proceso⁷, así como establecer mecanismos apropiados y acordes a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena u originario, de acuerdo a los principios de interculturalidad y flexibilidad⁸.

En caso, una medida afecte directamente derechos colectivos⁹ de pueblos indígenas u originarios cuando contenga aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de dichos derechos, cada entidad pública debe identificar si sus propuestas de medidas supondrían afectaciones directas a los derechos colectivos de

⁷ El artículo 8 de la Ley de Consulta Previa, **Etapas del proceso de consulta**

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa debe cumplir con las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta: 1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; 2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; 3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa; 4. Información sobre la medida legislativa o administrativa; 5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente; 6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios; 7. Decisión.

⁸ Artículo 6, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT y artículo 4, literales b y d, de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

⁹ Artículo 3, literal f del Reglamento de la Ley de consulta previa, los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios se encuentran reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como en los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional; incluye entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas, a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

los pueblos indígenas conforme lo señala el artículo 3, literal b, del Reglamento de la Ley de consulta previa.

Además, debe tenerse en cuenta que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de acción popular, por cuanto no es un derecho constitucional¹⁰. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional.

8.5 En cuanto a la creación de la figura de Reserva Indígena¹¹, cabe precisar que ha sido adoptada por el Estado peruano en cumplimiento de la Ley N° 28736 - Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (PIACI) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 8-2007-MIMDES, y modificado por Decreto Supremo N° 8-2016-MC; y atendiendo a lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT, en lo concerniente a las medidas a ser adoptadas por los Estados para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas a utilizar las tierras a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, y a la implementación de procedimientos adecuados en sus sistemas jurídicos para atender las reivindicaciones de tierras.

Así también, el Estado tiene la obligación constitucional de consultar aquellas medidas legislativas y administrativas que podrían afectar directamente derechos colectivos de pueblos indígenas, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, norma de rango constitucional.

En efecto, la Ley de pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial y su Reglamento establece como garantía de los derechos territoriales, el establecimiento de reservas indígenas, que se determinarán sobre la base de las áreas territoriales que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional. Además, establece los tres estadios o etapas preclusivas que conducen a la categorización la reserva indígena: 1) Informe de calificación favorable emitido por el Ministerio de Cultura, 2) Elaboración y aprobación del Estudio Previo de Reconocimiento a cargo de la Comisión Multisectorial y posterior emisión del decreto supremo de reconocimiento a cargo del Ministerio de Cultura; y, 3) Elaboración y aprobación del Estudio Adicional de Categorización y posterior emisión del decreto supremo de categorización a cargo del Ministerio de Cultura; es decir, recién con la emisión del decreto supremo de categorización (etapa o estadio 3), se cuenta con una reserva indígena.

8.6 Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 9¹² de la Ley de Consulta Previa, mediante la Resolución Ministerial N° 365-2 017-MC, de fecha 28 de setiembre

¹⁰ El Tribunal Constitucional ha precisado que: “3. Sin embargo, **el derecho a la consulta previa** no se encuentra reconocido en la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que **no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental**. 4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental...” (STC EXP. N° 03066-2019—PA/TC).

¹¹ Artículo 2°, literal d: “**Reservas indígenas:** 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.

¹² Artículo 9.- Identificación de medidas objeto de consulta: Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas, que tienen una relación directa con los

de 2017, se aprueban los procedimientos internos del Ministerio de Cultura en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa, en la medida que se advierta afectación directa a los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios reconocidos por el Estado. En ese sentido, en el artículo 1 de la referida resolución ministerial establece que, el procedimiento interno en el que correspondería efectuar el proceso de consulta previa en caso de la categorización de una Reserva Indígena es el Proyecto de Decreto Supremo que asigna la categoría de Reserva Indígena.

En ese sentido, el procedimiento para la categorización de la reserva indígena Napo Tigre todavía se encuentra en la tercera etapa del procedimiento, en la cual se desarrolla el Estudio Adicional de Categorización que comprende la delimitación del polígono final de la solicitud de reserva indígena, y que da lugar al proyecto de Decreto Supremo que asigna la categoría de Reserva indígena, lo que de acuerdo a la controversia aún no ocurre; por lo tanto, no corresponde efectuar el proceso de consulta previa, ni está prohibido de manera abstracta que ello no se realice a favor de la comunidades originarias que se vean afectadas por el establecimiento de la reserva indígena a favor de los pueblos en aislamiento reconocidos por el Decreto Supremo N° 010-2022-MC, conforme lo señala la normativa vigente. Mas aun, sí recién en esta última etapa se puede evaluar si existe o no una afectación directa a derechos colectivos de pueblos indígenas que tengan propiedades comunales y que pertenezca a la Federación demandante, por lo que en abstracto no existe actualmente ningún presupuesto que nos lleve a afirmar algún tipo de afectación.

Siendo ello, así en el presente caso, no se ha acreditado que se haya producido una afectación directa y concreta de los pueblos indígenas en los procedimientos internos de categorización de reserva indígena del Ministerio de Cultura en los procesos de consulta previa, por cuanto, el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 29785, garantizan el derecho a la consulta previa que se realice un proceso de consulta a los pueblos indígenas respecto de aquellas medidas susceptibles de afectarles directamente. Tanto más, si no se ha desarrollado el Estudio Adicional de Categorización; razón por la cual, la Resolución Ministerial impugnada no vulnera en abstracto el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas – Ley 29785 y su Reglamento, ni el Reglamento de la Ley N° 29789 – Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (D.S. 001-2012-MC).

8.7 En cuanto a la vulneración del derecho a la propiedad, cabe precisar que el reconocimiento de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, como fase previa al procedimiento de categorización de una reserva indígena, no constituye una medida que signifique una vulneración abstracta en el derecho a la propiedad de la propiedad comunal de los pueblos que forman parte de la Federación demandante, ni sobre las tierras que ocupan; por cuanto, la medida legislativa impugnada no dispone cambios relevantes y directos en los territorios o sobre los derechos colectivos o individuales de los pueblos indígenas.

Todo lo contrario, el reconocimiento de los PIACI no implica la delimitación del territorio de la reserva indígena, pues ello se produce solo cuando, habiendo concluido dicho procedimiento se desarrolla el de categorización de la reserva indígena; lo cual, a la fecha aun no se ha culminado con dicho proceso; por lo que tampoco se vulnera el derecho a la propiedad en abstracto.

derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Estando a lo expuesto, esta Sala Superior concluye que la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, de fecha 28 de setiembre de 2017, no ha vulnerado las disposiciones denunciadas por la demandante, motivo por el cual corresponde desestimar la demanda de acción popular en este extremo.

IX. DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, declararon:

1. **INFUNDADA** la primera pretensión principal, para que se declare la inaplicabilidad de la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, de fecha 28 de setiembre de 2017.

2. **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión, para que se declare la inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 010-2022-MC. Sin costas ni costos. Notifíquese. En los seguidos por la Federación de Comunidades Nativas del Alto Curaray y Arabela contra el Ministerio de Cultura, sobre proceso de acción popular.

ERR/pmss

VILCHEZ DÁVILA

ROMERO ROCA

SUAREZ BURGOS